TRATTATO
DEL POSSESSO

SECONDO I PRINCIPII DEL DRITTO ROMANO

TRATTATO
DEL POSSESSO

SECONDO I PRINCIPII DEL DRITTO ROMANO

del Sig. Dott. Cav.

FEDERICO CARLO DI SAVIGNY

CONSIGLIERE INTIMO DELLA R. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE DI PRUSSIA PER LE PROVINCIE RENANE, PROFESSORE ORDINARIO DI DRITTO ROMANO NELLA UNIVERSITÀ DI BERLINO, MEMBRO DI VARIE ACCADEMIE, EC.

TRADOTTO ED ANNOTATO

DA

RAFFAELE ANDREOLI

NAPOLI | SALERNO
GIOV. PEDONE LAURIEL | RAFFAELLO MIGLIACCIO

COEDITORI

1857

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

Un' opera, il cui autore sia Savigny, non ha bisogno di altro elogio; tanto più s'ella, come questa *Del Possesso*, sia già conosciuta, ed esaltata, ed avidamente richiesta ovunque lo studio della civil sapienza de' romani è in onore. Nondimeno, chi non conoscendo altrimenti questo trattato, si facesse a leggerlo con animo di avervi a trovare una sposizione dommatica di quel dritto del possesso, ch'è il natural fondamento della proprietà, e quindi il primo passo dalla balorda promiscuità del viver selvatico alla operosa economia del viver civile, ed il principal sostegno di qualsisia sociale edifizio; chi siffatta sposizione s'aspettasse di trovare afforzata ed insiem rallegrata da quella filosofica considerazion delle storie, e segnatamente della romana, che prima in Italia, poscia in Germania, di tanta luce e di tanto spirito avvivò la indigesta materia del dritto; massime poi chi s'immaginasse di trovare il tutto adorno di quelle modeste grazie, che nessun subbietto, per quanto severo ed ingrato, non ricusò giammai da mano ingegnosa; chi tutto ciò s'attendesse, resterebbe poi nel leggere stranamente deluso. Questo trattato, la cui sostanza dommatica potrebbe tutta ridursi in una dozzina di versi, è nel rimanente come a dire uno spineto di quistioni col terzo e col quarto pe' granchi che han presi, un prunaio di acutissime discussioni sopra una frase, una parola, una virgola, talvolta fino un accento; senza che tra tanti triboli un sol fiorellino ti conforti la vista. Il che non diciamo punto in biasimo dell'autore, che sarebbe proprio un baiar contro alla luna; ma anzi per premunirlo dalla stizza della delusione, la quale spesso a' lettori ne fa dir delle grosse.

Ancora il diciamo, acciocchè dalla qualità del libro si argomenti la difficoltà del tradurlo. In fatti, di due che l'han tradotto, l'avv. Giulio Beving in francese, e l'avv. Pietro Conticini in italiano, nessuno ha fatto buona prova. Il primo (di cui già notammo lo strazio fatto del *Manuale* di Mackeldey) è di que' traduttori poltroni, che quando incontrino una difficoltà, non si dànno la briga di bene o male risolverla, ma con bel garbo ordinano le lor parole in modo da trapiantarla tal quale nel loro dettato. Alla qual poltroneria se aggiungi molta debolezza di criterio e mancanza poco men che totale dell'arte di scrivere, avrai qualche idea del governo che un tal traduttore ha dovuto fare di un tale autore.

Il Conticini ebbe più coscienza, come provano i continui suoi sforzi per afferrare il vero sentimento dell'autore: ma egli aveva una difficoltà di più nella lingua. Ci guardi Iddio dal partecipare alla dappocaggine di quegli italiani o alla mala volontà di que' forestieri, che credono o fan le viste di credere la nostra lingua inetta ad esprimere le sottilità del moderno pensare: sebbene io non sappia, quando ciò fosse pur vero, che cosa perderebbe l'Italia a non poter seguire i decantati voli di queste aquile d'oltremonti. Bene a lei basterebbe avere i nomi di tutte quante le cifre dell'abbaco; che d'altro, che di abbacare, non credo che oggimai si tratti in sul serio. Ma il vero è che questa nobilissima lingua è tanto abile a sottilizzare in ogni maniera di speculazioni, quanto a spaziarsi nel dominio delle Muse; e che le pruove, che n'ha date dalla sua prima origine insino a questi medesimi giorni, son tante e tali da chiuder la bocca a chiunque non abbia perduto ogni ombra di rossore. Solamente vuolsi confessare che, per quelle ragioni che tutti sanno e che non è questo il luogo di più particolarmente ricordare, le difficoltà di bene scrivere italiano sono maggiori che forse in ogni altra lingua vivente, e che quindi a gran pezza maggiore esser dee l'abilità dell'italiano scrittore. Quest'abilità nel Conticini non era, sia detto per suo meglio; perchè se si dovesse credere (che del tutto non si può) quel ch'egli afferma nella sua prefazione, cioè che a bello studio avess'egli voluto barbareggiare, troppo maggiore sarèbbe il suo torto. E che? bisogna egli forse ripetere che la proprietà delle parole e la correzion dello stile,

anche più che alla eleganza, servono alla chiarezza, e che questa è requisito indispensabile di tutte trattazioni, e sopra tutte delle didascaliche? Se alcuna pruova a ciò bisognasse, basterebbe appunto legger la traduzione del signor Conticini; dove ancorchè il lettore per propria incapacità non sentisse l'asprezza di tanto irsuta scrittura, e' non potrebbe non sentire il rovello di non sapere il più delle volte cavarne costrutto.

Un libro tanto ricercato, e così malconcio, avea bisogno di una miglior traduzione: e l'editore si è rivolto a me. Ha egli ben fatto? Da quanto ho detto avranno i lettori potuto conoscere almeno le mie buone intenzioni: quant'è al resto, toccherà ad essi il rispondere.

TRATTATO
DEL POSSESSO

INTRODUZIONE

I. — FONTI.

1. Gaio, *Institutiones*, lib. II, §§. 89, 90, 94, 95; lib. IV, §§. 138, 170.

2. *Fragmenta Vaticana*, §§. 90, 91, 92, 93, 293, 311.

3. *Collezione Visigota:*

A. Paolo, *Sententiae receptae*, lib. V, tit. 2 (*de usucapione*), §§. 1, 2; lib. V, tit. 6 (*de interdictis*). Ed. Hugo, Berl. 1795, in-8°.

B. *Codice Teodosiano*, lib. IV, tit. 22 (*unde vi*); lib. IV, tit. 23 (*utrubi*) (1). Ed. Ritter, Lips. 1736, in-fol.

4. *Instituzioni* di Giustiniano, lib. IV, tit. 15 (*de interdictis*) §§. 4, 5, 6.

5. *Digesto*, lib. XLI, tit. 2 (*de acquirenda vel amittenda possessione*) lib. XLIII, tit. 16 (*de vi, et de vi armata*) (2); lib. XLIII, tit. 17 (*uti possidetis*); lib. XLIII, tit. 18 (*de superficiebus*); lib. XLIII, tit. 19 (*de itinere actuque privato*); lib. XLIII, tit. 20 (*de aqua cottidiana et aestiva*); lib. XLIII, tit. 21 (*de rivis*); lib. XLIII, tit. 22 (*de fonte*); lib. XLIII, tit. 23 (*de cloacis*); lib. XLIII, tit. 26 (*de precario*); lib. XLIII, tit. 31 (*de utrubi*).

6. *Codice* di Giustiniano, lib. VII, tit. 32 (*de acquirenda et retinenda possessione*); lib. VIII, tit. 4 (*unde vi*); lib. VIII, tit. 5 (*si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*); lib. VIII, tit. 6 (*uti possidetis*); lib. VIII, tit. 9 (*de precario et salviano interdicto*).

Per le *Instituzioni*, le *Pandette* ed il *Codice*, noi seguitiamo l'edizione del *Corpo del dritto* data da Gebauer e Spangenberg (3), sempre che non

---

(1) Così dee leggersi, avendo rispetto al collegamento di questo titolo co' precedenti e co' seguenti, come pure al suo contenuto. I manoscritti hanno: *utrumvi*.

(2) I titoli 10 ed 11, nel manoscritto fiorentino, ne fanno un solo: quindi è che in tutte le antiche edizioni, come parimente in quelle di Aloandro, il numero di questo titolo e de' seguenti ha uno di meno.

(3) Gottingen, 1776 e 1797: essa è sempre da preferire a quelle di Gotofredo. (*Trad.*)

facciamo notare di essercene discostati; il che faremo soltanto necessitati. Parecchie citazioni occorrenti molto spesso, saran poste abbreviate; eccone la spiegazione:

Cod. Rhed. — Il manoscritto del *Digestum Novum*, di Rhediger, riassunto nelle note di Gebauer.

Cod. Lips. — Un magnifico manoscritto della biblioteca della città di Lipsia; il quale comprende il *Digestum Novum* con delle rubriche ed una glosa anteriore ad Accursio.

In taluni luoghi faremo menzione di un manoscritto del *Dig. Novum*, di Lovanio. Esso appartiene all'avvocato Van Meenen di detta città (1), ed il professor Warnkoenig ha avuto la compiacenza di comunicarcene le lezioni (2).

Rom. 1476. — *Digestum Novum.* « *Rome aput Sanctum Marcum* (3). Anno a nativitate dei. MCCCC. Septuagesimosexto. Die penultima mensis Marcii. » Fol. max. (4).

Nor. 1483. — *Digestum Novum.* « impensis Antonii Koburger nurenberge feliciter est consummatum. Anno x piane salutis millesimo quadringentesimo octuagesimo tercio duodecimo Kalendas majas. » Fol. min.

Ven. 1485. — *Digestum Novum.* « Mira arte Venetiis impressum Impensis Bernardini de novaria, et Antonii de Stanchis de valentia. Anno MCCCC. LXXXV. die vero undecimo mensis maji. » Fol. max.

Ven. 1491. — *Digestum Novum.* « Explicit liber sedeptis digesti novi... Venetiis impressus: arte et impensis Andree calabren. de papia. Anno dni. MCCCCLXXXXI. die ultimo Aprilis. »

Ven. 1494. — *Digestum Novum.* « Venetiis per Baptistam de tortis. M. CCCC. LXXXXIIIJ. Die XXIIJ Decembris. » Fol. max.

Lugd. 1508. — *Digestum Novum.* « Impressum Lugduni per notabilem virum artis impressoriae Magistrum Jacobum Saccon. Anno salutiferae incarnationis dnice MCCCCCVIII. die vero Martii XVI. » Fol.

Lugd. 1509. — *Digestum Novum*, con la stessa indicazione del precedente, salvo che: « MCCCCCIX. die vero XXVIJ Novembris. » Fol.

Lugd. 1513. — *Digestum Novum.* « Impressum Lugdini per Franciscum Fradin. Anno dni. millesimo. CCCCCXIIJ. Die V° XIIIJ. mensis Novembris. » Fol. max.

Paris. 1514. — *Digestum Novum.* « Impressum et denuo in inclyta parrhisiorum academia: ad idus Decemb. M. D. XIIIJ. Opera et vigilantia quidem mea: impensis autem et meis et Joannis Petit. » in 4°.

---

(1) Il Signor Van Meenen fu poi presidente alla corte di cassazione del Belgio. (*Trad.*)

(2) Il Signor Warnkoenig, lasciato il Belgio nel 1836, occupò una cattedra nella facoltà di dritto dell'università di Friburgo, nel Gran Ducato di Baden. (*Trad.*)

(3) Per Vitum Puecher.

(4) Nella relazione di questo e di tutti i seguenti frontespizi il Savigny ha creduto bene di fedelmente copiare, non corregendo alcuno degli errori nè supplendo ad alcuna delle lacune che vi si vedono. (*Trad.*)

Lugd. 1519. — *Digestum Novum* ap. Franc. Fadin, impensis Aymonis de porta, 1519. d. 20. Aug. Fol.

Hal. — *Digesta* cura Haloandri, Nozembergae, 1529, in 4° (Estratti di Gebauer).

Paris. 1536. — *Digestum Novum... Parisiis.* M. D. XXXVI. in-4° « Nella fine: « Pandecte imperatoris Justiniani... Excuse...in alma Parisiorum academia: in edibus honestissime matrone Yolande Bonhomme, vidue spectabilis viri Thielmanni Kerver. imprimis suis.... M. D. XXXVI. »

Oltre a queste fonti *proprie* del possesso, ve n' ha di quelle che direttamente si riferiscono alla *occupazione*, alla *tradizione* ed alla *usucapione*, le quali egualmente appartengono al nostro subbietto.

II. — STORIA LETTERARIA.

Le opere che trattano di questa parte del dritto civile, sono di due specie. La prima classe si applica alla interpetrazion delle fonti; la seconda presenta un sistema (1). Siffatta divisione è nello stesso tratto cronologica, potendosi il decimosesto secolo risguardar come confine: ma questo non è da intendere troppo strettamente, perciocchè il cominciamento della seconda classe si confonde, rispetto al tempo, col fine della prima.

Prima classe. — *Interpetri.*

1. La *Glosa* in su quelle parti delle collezioni di Giustiniano, le quali abbiamo già additate siccome fonti.

La glosa contiene digià grandissima parte delle opinioni e delle controversie sorte dappoi, o almeno ella vi ha dato luogo. L'alta importanza della glosa trova una facile spiegazione nella natura medesima della materia, che richiedeva ben più uno esame profondo delle raccolte di Giustiniano, che non l'applicazione di storiche scienze accessorie. Quel poco che noi possiamo qui utilizzare di Piacentino (morto nel 1192), di Azzo (morto dopo il 1220), di Roffredo (morto dopo il 1243), e di Odofredo (morto nel 1265), ci prova quanto abbiamo a rimpiangere la perdita di quelle opere de' glosatori, delle quali quasi altro non ci rimane, che i cattivi estratti di Accursio.

Piacentino, ***Summa in Cod.*** lib. VII, tit. 32 (qui, tit. 35), pag. 328-333; lib. VIII, tit. 4-6, pag. 373-377; lib. VIII, tit. 9 (qui, tit. II), pag. 379, 380. Ed. Mogunt. 1536, in-fol.

Azzo, *Summa in Cod. titt. citt.* fol. 134-135, 145-149. Ed. Lugd. 1537, in-fol.

Azzo, *Ad singulas Leges XII librorum Cod. Just. commentarius et magnus apparatus.* Paris. 1577, in-fol.

---

(1) È chiaro che ciascuno autore dev'essere schierato secondo l'opera sua principale, e che le altre sue scritture saranno citate a canto di quella.

La maggior parte della glosa al Codice è cavata da quest'opera. Lib. VII, tit. 32 (p. 567-571); lib. VIII, tit. 4-6; tit. IX (pag. 615-624).

Roffredo, *Tractatus judiciarii ordinis*, P. 2, 8. — Vedi in seguito, §. 34.

Odofredo, *Praelect. in Dig. novum.* Lugduni, 1552, in-fol. (fol. 51-65, 100-104), *et in secundum partem Codicis.* Lugduni, 1549, in-fol. (fol. 103-109, 140-148).

2. I comentatori, da Accursio sino al finir del decimoquinto secolo.

Da queste opere può lo studioso cavare assai minor profitto che dalle precedenti; ma esse sono molto importanti per la storia dommatica, massime per quella della scuola francese che immediatamente tien dietro a tale epoca: pel qual rispetto, veramente, non sono state abbastanza consultate.

3. Udalz. Zasio (morto nel 1535). — Le sue lezioni sopra parte del titolo delle Pandette *de poss.* furono messe a stampa la prima volta a Basilea: Basil. 1543. in-fol. Dipoi, a Francoforte: *Opp.* t. III (Francof. 1590, in-fol.), pag. 78-161.

4. Andr. Alciato (morto nel 1550). — Le sue lezioni in su nove luoghi del detto tit. delle Pand. si trovano nelle sue *Opere* t. I (ed. Francof. 1617, in-fol.), p. 1188-1263. — Bisogna aggiungervi:

De quinque pedum praescr. num. 76-119 (t. III, p. 350).

Comm. in L. 115, de V. S. (t. II, pag. 987).

Dispunct. L. I, c. I (t. IV, p. 143).

Egli è [illegible] con Zasio ed Alciato s' introdusse nella sposizione del dritto civile un gusto migliore: ma poco o niente ancora tal miglioramento apparisce ne' corsi esegetici.

5. Emil. Ferreto (morto nel 1552). — Le lezioni sopra le leggi 1, 3, 12, di dett[illegible]lo delle Pandette, dov'egli ha per occasione inframmesso il restante. [illegible]vano nelle sue *Opere*, t. I (Francof. 1598, in-4°) p. 514-630. Nella [illegible] legge: « Finis 1551. »

[illegible] è un poco pesante e prolisso, ma ha dato fuori alcune idee tutte sue proprie.

6. Franc. Duareno (morto nel 1559). — Le sue lezioni molto profonde si stesero a tutto il titolo: ma noi non abbiamo più altro che la spiegazione degli undici primi frammenti, nelle sue *Opere* (Lugd. 1584, in-fol.) pag. 819-872. Quelle lezioni furon date dopo dell'anno 1549, perocchè vi è citato Ulpiano (1). — Bisogna aggiungervi:

Comm. in tit. de adqu. vel amitt. poss. (p. 816-818). — Questo comento è un breve ritratto sistematico della detta materia.

Disput. annivers. Lib. I, c. 18 (p. 1385).

---

(1) Dagli scritti di Ulpiano fu attinta la maggior parte de' frammenti inseriti nelle Pandette: ma l'opera sua, che già fu detta *Tituli ex corpore Ulpiani*, e da' moderni è chiamata *Fragmenta Ulpiani*, conservataci da un sol manoscritto non falsificato, il quale trovasi ancora a Roma nella biblioteca del Vaticano, fu la prima volta pubblicata a Parigi, appunto nell'anno 1549. (*Trad.*)

7. Bartol. Romuleo (professore a Ingolsdabt dal 1548. *Mederer. ann. Ingolst.* I, 207). — *Comm. s. repet. ad rubr. et L. I, pr. de acqu. vel amitt. poss.* Lugd. 1561, in-8° — Prolisso oltremodo, e senza gusto (1).

8. Giov. Corasio (morto nel 1572). — Egli ha sol trattato due luoghi del titolo (*Opp.* ed. Forster, Vitemb. 1603, in-fol. t. I, p. 918-968), ed è bastantemente inetto.

9. Giac. Cuiacio (morto nel 1590). — Cuiacio ha interpetrato la più parte delle fonti di questa materia, ma la sua interpetrazione non è solida quanto quella di Duareno, e troppo spesso ti lascia non soddisfatto. La versatilità delle sue opinioni s'incontra eziandio spessissimo in quella parte dei suoi scritti ov'egli tratta del possesso: ondechè non sarà di soperchio il presentar qui uno specchietto cronologico delle sue scritture appartenenti al nostro subbietto. Il numero delle pagine è quello delle due edizioni delle sue opere pubblicate in Napoli (1722 e 1758, 10 vol. di testo ed 1 vol. d'indici, in-fol.)

Gli scritti con un asterisco innanzi, son venuti fuori sol dopo della sua morte, e contro suo volere.

1556. *Notae priores in §. 4, J. per quas pers. et §. 4-6, J. de interd.* (t. I, p. 94, p. 284, 285).

(1556. *Observ.* I, 20; II, 35. Esse trattano soltanto di alcuni passi staccati, e talune speciali questioni) (2).

1557. *Notae in Pauli Sent. recept. Lib. V, tit. 2 et 6* [illegible] p. 469, 478.)

(1559. *Observ.* IV, 3, 7, 8, 11.)

(1562. *Observ.* V, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 27.)

(1564. *Observ.* VI, 4; VII, 38.)

1569. *Observ.* IX, 32, 33.

1569. *Paratit. in Dig.* XLI, 2 (t. I, p. 843, con note [illegible] Fabroto).

1573. *African. Tr.* 7, L. 40, ff. *de poss.* (t. I, p. 140[illegible]).

(1577. *Observ.* XVII, 2 (stampate per la prima volta, nelle [illegible] *Opere.* Paris. ap. Nivell. 1577, fol. t. V.)

1570. *Observ.* XVIII, 24.

1579. *Paratit. in Cod.* VII, 32; VIII, 4, 5, 6, 9 (t. II, p. 471; p. 528-530; p. 532, con note di Fabroto).

* 1584, 1585. Recitat. in Pauli (3) Comm. ad Ed. (t. V) sopra i luoghi relativi al possesso, e principalmente sulla L. 1, 3, ff. *de poss.* (p. 690-719.)

1585. *Notae priores in §. 4, J. per quas pers. et §§. 4-6, J. de interd.* (t. I, p. 94, p. 284, 285).

(1585. *Observ.* XXIII, 21; XXIV, 9, 10, 12).

---

(1) Di Romuleo è stata fatta menzione la prima volta nella 4ª edizione dell'opera. (*Trad.*)

(2) Tutte queste *Osserv.* si trovano nel 3° vol. della collezione.

(3) Le lezioni su Papiniano (t. IV), su Giuliano (t. VI), ec. sono meno importanti, per essere i testi medesimi di poco momento.

* 1588. *Recitationes in tit. Dig. de acqu. vel amitt. poss.* (t. VIII, p. 236-315). Stampate la prima volta a parte, con più diligenza che nella raccolta, Spirae, 1594, in-4°.

(? *Observ.* XXV, 5, 32, 33, 34; XXVII, 7, 22.) Messe a stampa la prima volta nel 1595.

* ? *Notae in Dig.* XLI, 2 (t. X, p. 512).

* ? *Notae in Cod.* VII, 32, VIII, 4, ec. (t. X, p. 691, 697, 698).

* ? *Recitat. in singg. LL. Cod.* (t. IX), VII, 32 (p. 1004-1019); VIII, 4, 5, 6, 9 (p. 1148-1173). Questa scrittura e la precedente furono stampate la prima volta nel 1597.

* ? *Comment. s. Scolia in Institutiones*, *ad* §. *4*, *J. per quas pers.* (t. VIII, p. 690). Stampati primieramente nel 1658.

10. Giul. da Beyma (morto nel 1588). — Le sue lezioni debolissime sul titolo delle Pandette e del Codice si trovano nel *Comment. in varios tit. juris.* Leovard. 1645, in-4° (321-408, p. 409-427.

11. Uberto Van Giffen, detto anche Gifanio (morto nel 1614) (1). — Il più profondo e più compiuto infra tutti gli interpetri: i quaderni delle sue lezioni, adoperati per la stampa di quasi tutte le sue opere, pare che sieno stati difettosissimi; oltrechè la stampa medesima è molto negletta. Egli ha interpetrato i seguenti luoghi delle fonti:

Tit. Dig. *de acq. vel amitt. poss.* (*Lecturae Altorph.* Francof. 1605, in-4°, p. 394-526.

Tit. Cod. *de adqu. et retin. poss.* (*Ibid.* p. 526-537).

Ej. tit. L. 3. (*Explanatio Cod.* Colon. Planc. 1614, in-4° P. 2, p. 242-244).

Lib. VIII, *Cod. Proleg. de remed. poss.* (*Ibid.* p. 257-269).

Tit. Cod. *unde vi.* (*Ibid.* p. 276-298).

Tit. Cod. *uti possidetis.* (*Ibid.* 298-308); §. 4-6, *J. de interd.* (*Comm. in Institut.* Francof. 1606, in-4° p. 431-435).

Bisogna aggiungere:

Antinom. jur. civ. lib. IV, disp. 48, *de interdictis.* (Francof. 1605, in-4°, p. 263-277). Però, l'autenticità di quanto in questo libro è attribuito a Gifanio, è anche più dubbia di quella delle sue lezioni esegetiche.

12. Gugl. Marano (morto nel 1621). — Le sue opere (ed. Traj. 1741, fol.) contengono, oltre ad una introduzione di niun valore sopra questa materia (p. 473-475), un comento su'tre primi frammenti del titolo delle Pandette (p. 599-613), nel quale poche idee nuove si trovano.

Seconda classe. — *Autori sistematici.*

Già Piacentino ed Azzo avean dato un ristretto (*Summa*) di questa materia, siccome introduzione alla interpetrazion delle fonti; ed il loro esempio fu seguitato da Duareno ed altri parecchi. Ma noi ci limiteremo a nominar

(1) Van Giffen (Giphanius) era di origine belgica, ed insegnò in diverse università tedesche.

gli autori che si proponevano la sposizion del sistema, senza peraltro distinguere s'essi lo stabiliscano per intero, o se (come il Merenda ed il Cupero) abbiano sol voluto presentarne de' punti speciali. Uopo è solamente ch'essi, nell'attendere al loro proposito, abbian prodotto opere degne di attenzione (1): benchè da questa medesima restrizione sieno per noi esentate le opere più recenti, il cui merito non peranco ha potuto esser deciso da scrittori posteriori. Quasi vano del tutto è l'attendere a' sistemi che abbracciano tutta la civil ragione, perciocch' essi troppo raramente contengono novelli aspetti di speciali materie.

13. Vaconio da Vacuna, *Novae declarationes*. Romae, 1556, in-4° Lib. 2, dedar. 56-92, f. 52-102.

Quest' opera è tutta composizione di uno degli uditori di Vaconio, il quale metteva in iscritto le sue lezioni: il secondo libro contiene una serie d'investigazioni circa il possesso, profonde abbastanza, ma oscure e confuse.

14. Giorg. Obrecht (morto nel 1612), *Methodica tractatio.... tituli Dig. et Cod. de adqu. poss.* in tres partes atque disputationes distincta. Primieramente stampata (secondo Lipenio) a Strasburgo, 1580: dipoi nelle sue *Disputat.* Ursellis, 1603, in-4°, P. 1, n.° 25 (p. 517-571).

La prima di queste tre dissertazioni (c. 1-5) tratta della nozione del possesso; la seconda (c. 6-13) dell'acquisizione, e la terza (c. 14-19) della perdita di quello. — Questa scrittura è utilissima, sì per l'ordine facile e naturale in cui procede, e sì per le giuste idee sulle quali si fonda.

15. Ugo Donello (morto nel 1591), *Commentarii juris civilis.* Della quale opera appartengono al nostro trattato il lib. V, c. 6-13 (il possesso in se stesso) p. 183-198; ed il lib. XV, c. 32-38 (gli interdetti) p. 799-816. Gli undici primi libri dell'opera comparvero in prima a Francoforte, 1589, 1590, 2 vol. in-fol. L'opera compiuta fu stampata la prima volta a Francoforte, 1595-97, 5 vol. in-fol. Il numero delle pagine da noi citate è secondo la edizione pubblicata in Hanovia (1612, 1 vol. in-fol.). Con quest'opera si riscontri l'altra, *Comm. in Cod.* lib. VIII, tit. 4, 5, 6 (p. 266-285, fol.) sebbene assai manco importante.

Questa siffatta sposizion del possesso è trattata in modo egregio; anzi è la sola che riconosca e sviluppi il vero legame del possesso con tutto il sistema del dritto civile. Discussioni propriamente dette non potevano aver luogo in una sezione di opera, ma chiaro si vede che l'hanno preceduta. Del resto, questa esposizion del possesso, come tutta l'opera, è nello stesso tratto uno degli scritti più famigliari e meno conosciuti del dritto civile. Dapertutto si citano e si estimano delle frasi staccate, ma il complesso dell'opera, che costituisce il vero suo merito, è generalmente ignorato. Milliger è fin trascorso a pubblicare un sunto dell'opera, fornito di note, per far quel cattivo uso più commodo.

---

(1) Il decimosettimo secolo soprattutto è abbondante di dissertazioni, alle quali troppo onore sarebbe, se di ciascuna specificatamente si notasse che non val nulla.

16. P. Frider da Minden (morto nel 1616). — Le sue opere sono: *Comm. synopt. de materia possessionis.* Francof. 1597, in-8° — *Tr. de interdictis.* Francof. 1616, in-4.° — Questi due trattati sono stati stampati insieme a Wetzlar nel 1731, in-4° con molti sbagli.

Frider mostra per tutto la sua intenzione di fondare un sistema interamente nuovo del possesso, per via di dotte investigazioni. Ma non v'è forse altra opera sopra questa materia, la qual racchiuda un numero sì scarso di verità e sì copioso di errori, come questa di Frider; intantochè non gli si fa la menoma ingiustizia, dichiarando il suo lavoro al tutto inutile. Sembra nonpertanto, che tale nostra opinione non fosse quella comunemente portata di quest'opera, essendosene spesso prevaluti gli autori posteriori.

17. Aless. Turamino. — La sua opera intitolata *De vera possessionis substantia, ad Paulum in L. 3, §. ex contr. possess.* contiene delle ricerche diffuse e quasi al tutto prive di gusto in sulla nozione o natura del possesso. Venne fuori la prima volta in Ferrara nel 1604, e ritrovasi nella collezione delle sue *Opere* (Senis, 1769, in-fol.) p. 233-299.

18. *Notarum juris selectarum liber*, ex subsecivis Fr. Davy Dargentè Antecessoris Andegarensis. Juliomagi Andium, ap. G. Chesneau, 1615, in-4° — Le ottantasei prime carte comprendono un sistema del possesso, non privo di gusto, ma senza fondamento.

19. Anton. Merenda (morto nel 1655). — Le sue *Controversiae juris* vennero fuori a parti, cominciando dal 1625. L'ultima edizione, pubblicata a Brusselles nel 1745 e 1746, in-fol. è divisa come segue: t. I (1745), lib. I-VI; t. II (1745), lib. VII-XII; t. III (1746), lib. XIII-XVIII; t. IV (1746), lib. XIX, XXIII; t. V (1646), lib. XXIV. — Le parti relative al possesso sono: lib. III, c. 16-21; c. 32. — Lib. III, c. 19, 21. — Lib. VI, c. 25. — Lib. XII, c. 1-29. — Lib. XIX, c. 24. — Lib. XXIV, c. 35, 39, 45.

Merenda deduce tutto il dritto del possesso dallo stato de' popoli nomadi. Secondo lui, il rapporto infra siffatti popoli ed il suolo sarebbe stato quello che noi chiamiamo possesso, e tale giuridica instituzione sarebbe stata mantenuta per ragioni politiche, mentrechè l'agricoltura dava nascimento alla verace proprietà di stabili. Tuttochè questo sistema sia del tutto falso, non si vogliono perder di vista due considerazioni: una, che l'errore proveniva dagli sforzi reali che l'autor faceva per dare al suo subbietto forma di sistema; l'altra, che Merenda, malgrado del suo errore, possedeva una cognizion profonda del dritto romano, la quale egli spesso concilia con quell'errore in molto ingegnosa maniera, e mercè della quale la sua opera è anche oggi di non piccola utilità.

20. Marco Aurelio Galvano (morto nel 1659). — Trattando dell'usufrutto, l'autore infra le altre questioni mosse questa: Come bisogna egli determinare il possesso in materia di usufrutto? La risoluzione di cosiffatta questione dovette essere preparata per via di ricerche intorno alla natura del possesso; per la qual cosa i capitoli 33 e 34 della sua opera sull'usufrutto (*De*

usufructu) appartengono al nostro subbietto. Quest'opera fu stampata la prima volta a Padova, 1650, in-fol.

Essa contiene delle ricerche noiosissime e si fonda il più delle volte sopra nozioni arbitrarie. Così, per uno esempio, l'autore esamina rispetto ad ogni possessore s'egli possegga *stricte* o *late*, *proprie* ovvero *improprie*, *vere* oppure *interpretative;* metodo appropriatissimo a fuorviare le menti. Noi non faremo uso alcuno di quest'opera, contuttochè non si possa negar che racchiuda alcuni intendimenti profondi.

21. Melch. da Valenza (morto nel 1657), professore a Salamanca. — I suoi *Illustres juris tractatus*, ovvero *Lecturae Salamanticenses* furono stampate a parti: il terzo libro fu pubblicato la prima volta nel 1634; il primo ed il secondo erano già venuti fuori, accompagnati da una dotta corrispondenza epistolare dell'autore con Antonio Fabro. La intera opera fu messa a stampa l'ultima volta, con numerosi sbagli, a Colonia (Coloniae Allobrogum) nel 1730, in-4°(1). — Il solo libro I, trattato 2 (p. 27-70), appartiene al nostro subbietto.

22. Franc. Ramos del Manzano (morto nel 1683), allievo dell'anzidetto, e professore a Salamanca. — Le sue lezioni sul possesso sono state la prima volta pubblicate da Meerman. (*Thes.* t. VII, p. 78-114).

23. Jos. Fernandez de Retes (morto nel 1678), allievo di Ramos, e professore a Salamanca. — Le sue lezioni sul possesso, cominciate dal 1649, si trovano presso Meerman, t. VII, p. 454-494, e quelle sugli interdetti, date nel 1660, a p. 495-539.

Le lezioni di questi tre giureconsulti spagnuoli sono condotte con molta diligenza, e dopo del Donello, possono esser riguardate come le più profonde opere scritte in sul possesso. Quanto alla loro esterna disposizione, sono già superiori di molto alle lezioni della scuola francese: sono divise e citate siccome tanti libri d'un'opera medesima; e ciascuna d'esse fu professata più volte, e sempre rifatta. Questo ci spiega perchè spesso sia ricordata una opinione comune degli accademici di Salamanca. — Pare che il Valenza abbia goduto di una straordinaria autorità, ma Ramos merita forse il primo luogo tra' tre. Il trattato di Retes, intitolato *De interdictis*, è a gran pezza il più debole: ed è probabile che sia stato il primo.

24. Geron. Oroz, professore a Vagliadolid, contemporaneo ed antagonista de' tre giureconsulti di Salamanca. — Egli scrisse un'opera intitolata *Apices juris civilis*, il cui quarto libro è tuttoquanto sul possesso (p. 268-344, ed. Lugd. 1773, in-fol.)

Quest'opera non contiene quasi nessuna idea propria dell'autore, e per esser copiato pressochè tutto dal Frider, riesce affatto inutile.

25. Domenico Aulisio (morto nel 1717), professore a Napoli. — I suoi *Commentarii ad tit. Pand. de adqu. vel am. poss.; de V. O.; de leg. et fid.;*

---

(1) Si è aggiunta a questa edizione, senza nome di autore, l'opera *De forma emendandi doli mali*, di Noodt.

sol. matr. (Neap. 1719, in-4°), contengono un sistema del possesso (p. 1-137), nel quale egli tratta compiutamente e con sagacità diversi punti particolari, ma il complesso è privo al tutto di un'orditura conforme al suo scopo. Noi non vi abbiamo incontrate idee proprie dell'autore, che sieno di qualche importanza.

26. Giov. Giac. Oppenritter. — Egli è l'autore delle seguenti opere: *Diss.* (resp. C. F. Com. a Werschowetz), *Summa possessionis*. Viennae, 1738, in-4° (P. 1, nozione ed acquisizione, p. 1-336; P. 2, conservazione e perdita del possesso, p. 337-383). — *Diss.* (resp. Com. a Kollowrath) *Beatitudo possidentis*. Viennae, 1738, in-4° (P. 1, vantaggi del possesso, p. 1-184; P. 2, interdetti, p. 185-288). L'autore non altro dà che una introduzione agli interdetti; quant'è agli interdetti possessorii in particolare, egli terminando promette una terza opera, ma non ci è noto se questa effettivamente sia venuta a luce.)

Non sono da cercare in queste opere molte idee nuove, ma pure riescono utilissime siccome raccolte di materiali, inquantochè presentano nelle più importanti questioni un quadro compiuto delle opinioni de' giureconsulti anteriori, ammesse senz'alcuna elezione.

27. Rob. Gius. Pothier (nato nel 1699, morto nel 1772), professore e consigliere della corte ad Orleans. — L'ultimo de' suoi numerosi scritti in sul dritto romano e francese è un trattato della proprietà e del possesso, col titolo: *Trattato del dritto di proprietà, dell'autore del trattato delle obligazioni*. T. I, Parigi ed Orleans, 1772, in-12. — *Trattato del possesso* (p. 1-128) *e della prescrizione*, del Sig. Pothier, consigliere alla corte di Orleans. T. II, Parigi ed Orleans, 1772, in-12 (1). Innanzi a quest'ultimo è posta la vita dell'autore.

Con tali opere uopo è combinar la seguente:

Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, lib. XLI, tit. 2; lib. XLIII, tit. 16-23, tit. 26, tit. 31. (T. III, p. 121-132, p. 215-232, p. 240-244, p. 248-249, ed. Lugd. 1782, in-fol. Per la prima volta, 1748.)

Questo trattato del possesso non contiene alcuna idea nuova circa la materia, ma le idee principali son giuste, e la sposizione medesima n'è molto buona ed utile per intenderne il complesso. L'autore fa nello stesso tempo notare i punti, ne' quali il dritto francese si discosta dal romano.

28. L.-G. Jupille, *Saggio su' principii di dritto antico e moderno intorno al possesso*. Lovanio, 1780, in-12.

Questo libro, del quale noi avevamo prima posto in dubbio, e poi anco negata l'esistenza, è raro, ma pessimo. Hugo, nel suo *Magazzino Civ.* t. 3, n.° 21, dà minuti ragguagli intorno a quest'opera.

29. Ernesto Cristiano Westphal (morto nel 1792), *Sistema del dritto romano circa la division delle cose, il possesso, la proprietà e la prescrizione*. Lipsia, 1788, in-8° (Division delle cose, P. 1, p. 1-32. — Possesso, P. 2, p. 33-261. — Proprietà e prescrizione, P. 3, p. 261-784).

---

(1) Il frontespizio, per un errore di stampa, ha MDCCLXXXII.

Erasi Westphal proposto di pubblicare un'opera di molta dottrina e che non lasciasse altro a dire; nel quale proposito si era dato ad uno studio profondo delle fonti e de' migliori autori. Ma è da lamentare ch'egli non abbia saputo trarre quasi partito alcuno delle fonti, e che abbia maisempre trascelto le più erronee sentenze de' suoi precessori. Proprio ne' punti più decisivi egli cade in errori gravi per modo, che il suo libro non ha valore alcuno, non pur come compilazione. La maggior sua prova di forza consiste nello sviluppar gli sbagli de' giureconsulti romani, e nel volerli molto arditamente correggere, anche in quanto alla pratica.

30. Aug. Giac. Cupero (diss. inaugur.), *Observationes selectae de natura possessionis*. Lugd.-Bat. 1789, in-4° (120 p.) Thibaut ne ha dato una nuova edizione, a Jena nel 1804, in-8° (154 p.), aggiungendovi (p. 155-174): *Editoris de naturali et civili possessione animadversiones*. *V.* appresso, sotto il n.° 37. Noi citiamo secondo la prima edizione.

Pochi scritti ha il dritto civile, i quali sieno stati accolti con sì generale favore, come questo: il perchè fa mestieri esaminarne la qualità più minutamente che non s'è fatto degli altri. Esso è frutto di uno studio profondissimo delle fonti, e può ragionevolmente esser lodato come elegante, non solo per cagione della grande abilità mostrata nel profittar delle fonti, ma eziandio per la uniforme direzione delle ricerche, per la quale quest'opera molto addietro si lascia la più parte delle olandesi, così spesso fatte noiose dalla moltitudine delle digressioni (1). Con tutto questo, solamente alcune isolate osservazioni possono riguardarsi come proprio frutto di questa opera: ma ne' punti più rilevanti, sono evidentemente da preferire le opinioni professate per innanzi. Il che non può spiegarsi altrimenti che col totale mancamento di genio sistematico; la qual mancanza per altro si mostra già nella sconnessione interna dell'opera, ed anche più negli sforzi dell'autore per isolare più ch'ei può ciascuna regola del dritto romano. Molti autori, innamorati del loro sistema, han negletto le fonti; ed eccone uno che più di una volta preferisce di violentarle, per distruggere la connessione realmente esistente tra quelle. Questo ci spiega perchè Merenda, che tenea proprio la opposta via, ad ogni occasione è tanto maltrattato da Cupero. Ma qual delle due vie meglio convenga, anzi a dirittura sia necessaria al dritto civile, è chiaro ad ognuno.

31. C. F. W. von Spangenberg, *Saggio di una sposizione sistematica del possesso*. Bayreuth, 1794, in-8°; 340 pagine.

In questo libro non si trova alcuna idea nuova, nè può usarsi pure come compilazione. La poca vocazione di questo scrittore, anche pel modesto

---

(1) Il giudizio, che Hoepfner dà di Cupero, è al tutto incomprensibile. Ei gli nega ogni dirittura di discorso, ogni chiarezza d'idee, e compara il suo metodo a quello di Salmasio. Subito dopo, egli giudica abbastanza buona l'opera di Spangenberg (a) (*Comm.* 6. ediz. §. 281, nota 11.)

(a) *La quale pur si vede nel numero seguente del testo, essere un cattivo spoglio di quella appunto di Cupero.* (*Trad.*)

mestiere di compilatore, è già dimostrato dall'accoppiare, ch'egli fa ne' suoi spogli, Westphal con Cupero.

32. Ferd. Gotthelff Fleck. — Le sue opere sono:

Hermeneut. tituli ff. de adqu. vel am. poss. specimina duo. Lips. 1796, in-4° (139 pagine).

Commentationes binae de interdictis unde vi et remedio spolii. Lips. 1797, in-8° (136 pagine). — A queste due opere è da aggiugnere la seguente:

C. F. M. Klepe, *Diss. de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrubi necessaria.* Lips. 1794, in-4° (1).

Sarebbe desiderabile che questi scritti, come son dotti ed utili, così pure fossero veramente propri dell'autore: fatto sta, che a dar loro il nome di semplice compilazione, sarebbe anche poco. La prima di dette scritture si annunzia per se stessa come uno *Spicilegium* dell'opere di Spangenberg e di Cupero, il quale vi è parecchie volte citato: ma l'autore si studia di nascondere ch'essa è copiata tutta da Cupero, spesso anche parola per parola. Similmente egli cita nel secondo trattato la dissertazione di Cras (2), ma soltanto tra gli scrittori parteggianti per Cicerone, allato a Grozio e Donello; eppure la miglior parte del libro è pigliata da Cras, e vi sono anche intere pagine letteralmente copiate da quello.

33. F. W. Sibeth, *Schiarimenti sopra alcuni punti della teoria del possesso.* Prima parte, Rostock, 1800, in-8.° (168 pagine).

Quest'opera è di una originalità incontrastabile, non sentendovisi neppure la influenza di Cupero: la sola volta che l'autore ricorda una interpetrazione di Cupero, ei la tratta con molto disdegno. Non prima che nella pagina 136, l'autore ingenuamente si domanda quale sia il suo scopo: ma tutto il suo libro ci prova ch'egli veramente nol seppe mai. Nulladimeno ogni tentativo originale merita qualche stima, quando anche così infruttuoso, come questo.

34. A. F. J. Thibaut, *Del possesso e della prescrizione.* Jena, 1802, in-8°. La prima parte di quest'opera appartiene alla nostra trattazione (p. 1-60).

L'autore non avea punto, com'egli stesso dice nel proemio, l'intenzione di dare una sposizion novella del possesso e della prescrizione; ma volea solamente metter tra le mani de' suoi discepoli una guida pel loro studio. Il perchè, tale opera non dovrebbe propriamente trovare qui luogo. Ma chiunque conosca le altre opere di Thibaut, forte si dorrà ch'egli non siasi particolarmente applicato a tal parte del dritto civile.

35. Car. Cr. Heffter, *Diss. de possessione*, spec. I, Vieteb. 1803. — Questo scritto non è di alcun valore.

36. La prima edizione di questa nostra opera (1803).

37. Thibaut, *Osservazioni sulla* POSSESSIO CIVILIS E NATURALIS, in fine della sua edizione di Cupero. Esse racchiudono una rettificazione interessantis-

(1) Fleck sostiene, questo scritto esser suo (*De interd.* p. 35).
(2) *V.* il nostro §. 40.

sima della nostra sposizione di siffatte nozioni, della quale noi faremo uso a suo luogo. L'autore ne avea digià fatti conoscere i punti essenziali in un articolo da lui pubblicato circa la prima edizione dell'opera nostra (1).

38. Teod. Mass. Zachariae, *Diss.* (praes. Haubold) *universalia quaedam de possessione principia e jure romano collecta.* Lips. 1805, in-4° (31 pagine).

L'autore stabilisce una nozion novella del possesso, e cerca di così rischiarare diverse parti della teoria. Gli sforzi da lui fatti per creare un sistema uniforme meritano lode; ma l'applicazione di tal metodo sembra fatta alquanto leggermente. Il contenuto di questa scrittura non è nè molto nuovo, nè facile a sostenersi, e per vero dire, nessun pro ne ha tratto la scienza. Più sotto, nel §. 9, giustificheremo il nostro giudizio.

39. La seconda edizione dell'opera nostra (1806).

40. Crist. Chlum, *Il possesso sotto Giustiniano.* Marburgo e Cassel, 1808, in-8°.

41. C. F. C. Wenck, *Diss. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante.* Lips. 1809, in-4°.

Questa è opera di molta dottrina e non minor diligenza, ma le idee principali ne sono erronee del tutto. In una gran parte del suo lavoro l'autore non fa che difendere un errore vieto e non punto a noi pertinente, secondo il quale il proprietario potrebbe far la tradizione senz'avere il possesso. Un'altra sua sentenza egualmente falsa, mediante la quale egli spiega molti luoghi del dritto romano, è che spesso il possesso si acquisti per effetto della proprietà, benchè le proprie condizioni richieste per lo acquisto del possesso non esistano.

42. Cr. Cr. Dabelow, *Reprehensa Savignii capita.* Sect. prior, Lips. 1810, in-8°. — Idem, *Ad sectionem priorem reprehensorum Savignii capitum postscripsit.* Lips. 1810, in-8°. — V. *Annali di Heidelberg per la giurisprudenza*, 1810, 7° fasc. p. 318.

43. H. C. van Loenen, *Dissert. de possessione.* Traj. 1810, in-4°.

44. Dr. W. Planck, *Del possesso, secondo i principii del dritto civile francese.* Gottingen, 1811, in-8°.

45. Giac. Fed. Rauter, *Diss. de jure possessionis*, Argentor. 1812, in-4°. — Questo scritto non è di alcun momento pel dritto romano.

46. Crist. Chlum, *Del dritto del possesso, trattato di ragion civile.* Giessen, 1813, in-8°.

47. Giov. Cret. Lange, *Trattato filosofico e giuridico intorno alla natura del possesso.* T. I, Erlangen, 1813; t. II, ibid. 1818, in-8°.

48. G. Hufeland, *Nuova sposizion del possesso.* Questo trattato si trova nella seconda parte della sua opera intitolata, *Dello spirito particolare del dritto romano.* Giessen, 1816, in 8°.

49. T. M. Zachariae, *Del possesso e della prescrizione in dritto romano.* Con un'appendice intorno alla *Fructuum perceptio.* Breslavia, 1816, in-8°.

---

(1) *Gazzetta letteraria universale*, anno 1804, n.° 41, ec.

50. Schweppe, *Magazzino giuridico*, t. I. fasc. 1, Altona, 1818, in-8°, p. 38-50.

51. La terza edizione del presente trattato (1818).

52. La quarta del medesimo (1822).

53. L. A. Warnkoenig, *Analisi del trattato del possesso del signor di Savigny*. Liegi, presso Bastompierre, 1824, in-8°. Quest'analisi era in prima venuta fuori nella *Themis*, in 4 articoli.

54. T. M. Zachariae, *Nuova revisione della teoria del dritto romano sul possesso*. Lipsia, 1824, in-8°.

55. C. Albert, *Dell' interd.* uti possidetis. Halla, 1824, in-8°.

56. C. Albert, *Del possesso di cose incorporali*. N.° I, *Sposizione dell' interdetto* DE ITINERE. Lipsia, 1826, in-8°.

57. Rosshirt, *Osservazioni sul possesso, e particolarmente sul quasi possesso*. (Archivî, t. VIII, p. 1-74.) 1825. (*V.* il nostro §. 9).

58. C. F. Koch, *Saggio di una sposizion sistematica del possesso giusta i principii del dritto prussiano, comparati al dritto comune*. Berlino, 1826, in-8°.

59. La quinta edizione di quest' opera (1827).

60. Puchta, *A qual classe di dritti appartenga il possesso*. Nella rivista intitolata *Museo Renano*; t. III, 1829, p. 289 308. (*V.* appresso, §. 6).

61. Schroeter, *Del possesso derivato*; nel Giornale di *Linde*, t. II, 1829, p. 233-269. (*V.* il §. 9).

62. Guyet, *Dell' animus possidendi*; ne' suoi Trattati. Heidelberg, 1829, n.° VI. — Guyet, *Alcune altre osservazioni sull' ANIMUS POSSIDENDI*; nel Giornale di Linde, t. IV, 1831, p. 361-381. (*V.* §. 9).

63. Rudorff, *Della base legale degli interdetti possessorii*; nella raccolta intitolata *Giornale di giurisprudenza storica*, t. VII, 1830, p. 90-114. (*V.* appresso, §. 6).

64. Warnkoenig, *Dell' animus possidendi*, nella raccolta: *Archivî di pratica civile*, t. XIII, 1830, p. 169-180. (*V.* §. 9).

65. Thon, *Del possesso civile e naturale*; nel *Mus. Renano*, t. IV, 1830, p. 95-141. (*V.* appresso, il §. 10).

66. Wiederhold, *L'interdetto* uti possidetis *e la denunzia di nuova opera*. Hannonia, 1831, in-8°. (*V.* §. 10).

67. Johannsen, *Teoremi di competenza del dritto civile*. Il primo fasc. tratta del possesso in genere, del possesso civile, e del naturale. Heidelberg, 1831, in-8°. (*V.* §. 10).

68. Buchholtz, *Della* JURIS POSSESSIO, ne' suoi *Saggi*. Berlino, 1831, in-8°, n.° VIII.

69. Hasse iuniore, *Della natura dell' azione*: nel *Mus. Ren.* t. VI, 1833, p. 178-214. (*V.* §. 9).

70. Thaden, *Nozione del possesso appropriato agli interdetti in dritto romano*. Amburgo, 1833, in-8°. (*V.* §. 6).

71. Sintenis, *Del possesso giuridico*, nel *Giorn. di Linde*, t. VII, 1834, p. 223-273; 414-436 (*V.* §§. 2 e 9).

72. Rauh, *Saggio di una storia del possesso relativamente alla filosofia del dritto*, 1834. — Landau, presso Carlo Georges.

73. Thibaut, *Sul possesso civile*, negli *Archivi*, t. XVIII, 1835, p. 315-364. (*V.* §. 10).

74. Huschke, *Sul passo di Varrone intorno a' Licinii, e sopra Festo ec.* Heidelberg, 1835, in-8.° (*V.* §. 6).

75. Althof, *Dell' interdetto* DE ITINERE. Rinteln, 1836, in-8° (*V.* §. 46).

76. Burchardi, *Come il possesso civile non sia sinonimo nè di possesso acconcio all' usucapione, nè di acconcio agli interdetti*, nell' *Arch. di prat. civ.* t. XX, p. 14-53. Heidelberg, 1837. (*V.* §. 10).

77. Sintenis, *Sul possesso e sulla prescrizione ec.*, nel detto *Arch.* t. XX, p. 75-115. (*V.* §. 22.) (1).

---

(1) Di questo scritto e del precedente, per essere stati pubblicati a mezzo la 6ª edizione, l'autore ragiona nel decorso dell'opera: ed essendo ragionamento lungo e difficile, crediamo meglio lasciarlo in quel luogo, dove il lettore si troverà più informato delle idee dell'autore. (*Trad.*)

SEZIONE PRIMA

Nozione del possesso

§. 1. *Della detenzione.*

Quando uno stesso soggetto da molti autori è trattato, non tardano a passar come in costume alcune generali osservazioni, le quali in opere del resto disparatissime occupano poi costantemente il medesimo posto.

Così appunto è usanza di premettere alle ricerche intorno al possesso de' lamenti in sulle difficoltà straordinarie che in quelle s'incontrano. Alcuni giureconsulti han preso siffatte lamentazioni talmente in sul serio, che ne sono stati vinti da una cotal disperazione (1): ma il vero è che la maggior parte degli autori le adoperavano solamente ad encomio anticipato della loro opera, la quale a creder loro dovea lasciar soddisfatto il lettore. Noi ci asterremo facilmente dal prologare circa alla difficoltà del nostro assunto: ma più malagevole ci sarà di non rammentarla nella sposizione delle singole parti.

Tutte le definizioni del possesso, per quanto differenti nella espressione e nella sostanza medesima, hanno a fondamento un punto comune, sul quale peraltro ogni disamina di questa materia dee posare. Imperciocchè tutte nel possesso di una cosa riconoscono quello stato, in cui al possessore non solo è fisicamente possibile di esercitar la propria azione sulla cosa, ma eziandio d'impedire qualsivoglia azione straniera (2). Per uno esempio, il barcaiuolo possiede la sua barca nel modo ch'è detto, ma non così l'acqua in cui quella si muove, bench'egli di tutte e due si serva per navigare.

Questo stato, detto la *detenzione*, il quale fa da fondamento ad ogni idea di possesso, non è punto in se stesso un obbietto della legislazione, nè la sua nozione è giuridica; ma pure immediatamente si scorge tal rapporto tra essa ed una nozione giuridica, che rende essa medesima obbietto della legislazione. In fatti, essendo la proprietà la possibilità legale di disporre di una cosa a nostro grado e con esclusione di qualunque altro, la detenzione costituisce l'esercizio della proprietà; essa è lo stato *naturale* corrispondente a quello *legale* della proprietà.

Se questo fosse l' unico rapporto giuridico del possesso, tutto ciò che in dritto si può determinare per tal risguardo, potrebbe restringersi alla formola seguente: nessun altro ha il dritto di possedere, che il proprietario, o chi per lui.

Ma il dritto romano determinando pel possesso, parimente che per la proprietà, il modo di acquistarlo e di perderlo, lo considera non solo come la conseguenza di un dritto (3), ma eziandio come la condizione di taluni diritti (4). Per la qual cosa in quest' opera, in cui noi stabiliamo una teoria giuridica del possesso, si tratterà soltanto do' dritti del possesso, (*jus possessionis*) o non punto del dritto di possedere (chiamato da'giureconsulti moderni *jus possidendi*), il quale appartiene alla teoria della proprietà (5) (6).

---

(1) Tra quelli che consigliano al lettore di aiutarsi in qualunque modo piuttostochè addentrarsi nella materia (cosa secondo loro impossibile), citeremo Leyser (*Sp*, 451, med. 1-4) e Sibeth (*Possesso*, p. 61), il quale si esprime così: « In mezzo alla moltitudine delle difficoltà e delle contraddizioni realmente occorrenti nel romano dritto, impossibil sarebbe il formarsi con pieno convincimento un giudizio sopra cosiffatta materia. Si considererà pertanto, se qualcuno ha generalmente un *diritto al possesso*, ec. ».

(2) Nelle antecedenti edizioni ci eravamo espressi diversamente, dicendo che ad ogni altro era eziandio fisicamente impossibile di esercitar l'azione sua. Ma ci s'è opposto, e con ragione, che tale impossibilità era contraddetta dalle violazioni del possesso: oltre a che, concedendo pure siffatta impossibilità pel cominciamento del possesso, non poteva essa consuonare con la continuazione di questo, ch'è un rapporto assai più rilassato e lontano. Pare che la espressione da noi sostituita in questa edizione non ammetta cotali obbiezioni: perciocchè se vi si vede ammessa la semplice possibilità della difesa come caratteristica della detenzione, la conseguenza però ne rimane indecisa; senzachè, la detta possibilità include più gradi, non distinguibili nella espressione di prima. (Agg. alla 6ª ediz.)

(3) Cioè, del dritto di proprietà. (*Trad.*)

(4) Cioè, degli interdetti, e della usucapione; come appresso si vedrà. (*Trad.*)

(5) Questa distinzione è troppo facile perchè sia bisogno trattenervisi di vantaggio: il Donello l'ha sposta di un modo tanto soddisfacente (*Comm.* IX, 9), che non si comprende come parecchi autori non abbian potuto esserne capaci.

(6) Intendi che si tratterà de' dritti fondati in sul possesso, non di quel dritto in sul quale il possesso si fonda, cioè la proprietà, che sarebbe altro trattato. (*Trad.*)

La nozione della semplice *detenzione* ci ha condotti a quella del *possesso* (giuridico), ch'è l'obbietto del presente trattato. La prima sezione, base di tutte le nostre ricerche, avrà per iscopo di determinar questa nozione formalmente e materialmente. Formalmente, mediante la sposizion de' dritti che presuppongono il possesso come condizione di loro esistenza, cioè mostrando quale significato la nozione non giuridica della detenzione prenda nella giurisprudenza, per poter esser risguardata come alcun che di giuridico come possesso. Sarà poi determinata materialmente, annoverando le condizioni che il roman dritto prescrive per la esistenza del possesso medesimo, cioè a dire per quali intrinseche modificazioni la detenzione si faccia possesso (1).

La determinazione formale, che sola assegna al possesso un posto reale nella scienza del dritto, si divide in due parti.

Primieramente noi cercheremo il luogo da dare nel sistema del civil dritto romano al possesso considerato come un rapporto giuridico. Indicheremo dappoi quali dritti la ragion romana riconosce come conseguenze del possesso, e quali malamente sieno stati noverati infra questi. Allora sarà facile il risolvere le note quistioni, se debbasi risguardare il possesso come dritto, o se come dritto *in re*. — Del resto, poichè il primo e più semplice aspetto giuridico del possesso è il dritto che il proprietario ha di possedere; e poichè all'incontro noi qui consideriamo il possesso indipendentemente dalla proprietà, siccome sorgente di particolari diritti; si potrà pure questo primo quesito esprimere al modo che segue: In qual senso è stato il possesso separato dalla proprietà? La quale espressione molti autori hanno usata (2).

Secondamente noi esamineremo in qual modo i diversi rapporti del possesso in dritto romano sieno contraddistinti da' vocaboli; vedendo sopratutto che cosa i romani giureconsulti intendessero per *possessio* in generale, *possessio naturalis*, e *possessio civilis*. Colal ricerca terminologica confermerà i resultati della precedente, e ci metterà in istato di dare una interpetrazion profonda de' testi, in sulla quale possa fondarsi tutta la susseguente sposizione.

§. 2. *De' dritti del possesso.*

Non havvi in tutto quanto il dritto romano, se non due effetti da potere attribuire al possesso considerato in se stesso, indipendentemente da ogni proprietà; la *usucapione*, e gli *interdetti*.

La usucapione si fonda in questa regola posta dalle Dodici Tavole: « Chi possiede una cosa durante uno o due anni, ne diventa proprietario ». Qui il possesso di per se solo, e indipendentemente da ogni altro diritto, è la base della stessa proprietà. Vero è che per produrre tale effetto è mestieri abbia avuto un determinato principio: ma ciò non ostante esso conserva la sua propria natura di un semplice fatto, senz'altro diritto che quello da tale effetto attribuitogli. Lo stesso possesso, ch'era fondamento alla usucapione, consideravasi veramente per mezzo dell'azion publiciana (*actio publiciana*) siccome un particolare rapporto legale; ma tale ordine, introdotto gran tempo dopo della usucapione, non potea contener la cagione di questa. Adunque il possesso medesimo, indipendentemente da ogni altro legale rapporto, produce l'acquisizione della proprietà. Più tardi venne ad aggiugnersi alla usucapione, siccome supplemento, la prescrizione di lunga durata (*longi temporis praescriptio*) cioè a dire una eccezione avverso dell'azione per ricuperare (*rei vindicatio*), le cui condizioni erano in gran parte le medesime della usucapione, ed in cui il possesso era allo stesso modo trattato: intantochè, già fin nell'antico diritto, non è necessario considerare il possesso altramente per la usucapione che per la prescrizione di lunga durata. In tutti tali casi Giustiniano ha conceduta una vera proprietà: ondechè non si può, in nuovo dritto romano, ragionare che della sola usucapione, o ch'ella richieda tre anni, o che dieci, o che venti, o che trenta. Egli è il vero che in nessun luogo dassi nome di usucapione alla prescrizion di trent'anni; ma troppo è conseguente il darle eziandio que-

---

(1) Questo passo non può essere pienamente inteso, se non dopo smaltita una buona metà dell'opera. Significa, voler l'autore definire il possesso giuridico *per formam* e *per materiam*, secondo il linguaggio de' logici; e quanto alla prima, dimostrar sotto quali forme giuridiche la detenzione sia considerata come possesso, cioè in quanto ch'ella dà luogo alla usucapione ed agli interdetti; rispetto poi alla materia, mostrare quali sieno gli elementi constitutivi del possesso giuridico. Veggasi il principio del §. IX o del §. XI. (*Trad.*)

(2) Per esempio Cupero, *De nat. poss.* P. 1, c. 2.

sto nome, quandoch'ella al pari di ogni altra produce la proprietà. Certa cosa è che non havvi altro vocabolo per designarla, anche nel linguaggio de' giureconsulti vissuti sotto Giustiniano.

Il secondo effetto prodotto dal possesso è il dritto agli *interdetti*, i quali son col possesso nel rapporto seguente: non costituendo il possesso in se stesso un rapporto legale, il turbamento recatovi non è lesione di un dritto, nè può tale diventare se non quando leda un altro dritto insieme col possesso. Allorquando la turbazion del possesso è fatta con violenza, costituisce lesione di un dritto, perciocchè ogni atto violento è ingiusto, e questa ingiustizia appunto l'interdetto dee riparare.

Adunque tutti gli interdetti possessorii hanno un punto comune, inquantochè presuppongono un atto, la cui sola forma è già una offesa alle leggi. Quant'è a' fatti violenti, che sono la prima e la più importante specie di cotali atti, nessun dubbio ha luogo: ma il dritto guarda sotto il medesimo aspetto eziandio gli altri casi, ne' quali possono essere invocati gl'interdetti possessorii. Così per esempio, l'interdetto *de precario* non si fonda nè sopra una convenzione, nè sulla circostanza che l'attore avesse in sulla cosa più dritto del reo; ma unicamente sopra la ingiustizia intrinseca dell'abusare l'altrui buona volontà, somigliante a quella d'impadronirsi con violenza di una cosa, poco monta se propria o pur no di chi la si tenga. Questa medesima ragione fa che i tre modi d'ingiustamente acquistare il possesso (*vitia possessionis*) si trovino sempre insieme (1).

Come dunque gli interdetti possessorii son prodotti da atti ingiusti per la loro forma, così s'intende perchè il possesso può generar diritti, qual che peraltro sia la sua propria legittimità. Quando il proprietario raddomanda la sua cosa, poco importa a che modo il detentore abbia di quella acquistato il possesso, perciocchè il proprietario ha il dritto di escluder dal possesso qualunque altro. Il medesimo è dell'interdetto destinato a protegger la immissione in possesso (*missio in possessionem*) (2): il quale interdetto non è punto possessorio, perocchè la immissione medesima nessun possesso produce (3), ma solo dà un dritto di detenzione, il quale si fa valere a quello stesso modo che quando si litiga della proprietà. Colui per contrario, il quale non altro abbia che il possesso di una cosa, non ha perciò dritto alcuno alla detenzione, ma pure non è lecito ad alcuno di usargli violenza: se v'ha chi contraffaccia a tal divieto, e se la violenza è diretta contro il possesso, il possessore trova protezione negli interdetti. Dove si vede, il possesso esser la condizione di cosiffatti interdetti, epperò in questo caso ancora, come per la usucapione, esser generalmente condizione di dritti.

Oppostamente a tali idee la maggior parte degli autori considerano ogni turbazion del possesso come un turbamento legale materiale; quindi il possesso medesimo come un diritto separato, segnatamente come una proprietà presuntiva (4), e le azioni possessorie come tante provvisionali vendicazioni (5). Quest'ultimo punto, ch'è il lato pratico di tale opinione, sarà lungamente confutato nel §. 36.

§. 3. *Continuazione.*

Per quel ch'è detto si vede come la usucapione e gli interdetti presuppongono il possesso come condizione della loro esistenza, e rendon necessaria la giuridica determinazion del medesimo: il che non è stato ancora po-

---

(1) Terenzio, *Eunuch.* at. 3, sc. 3, v. 27 e 28: « Hanc tu mihi *vel vi*, *vel clam*, *vel precario* fac tradas. » — Il medesimo si ha in infiniti luoghi delle Pandette.

(2) « Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit. » L. 1, §. 3, D. *ne vis fiat ei*, *qui in poss.*

(3) « Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia *non possident*. Idemque et in caeteris, qui custodiae caussa missi sunt in possessionem, dicendum est. » L. 5, §. 8, D. *uti poss.* — Nella seconda sezione interpetreremo questo passo per ordine.

(4) Ci limiteremo a citar qui l'ultimo propugnatore di questa sentenza, Hufeland, nella sua opera: *Del possesso*, p. 43-45. — Nella 3ª ediz. della nostra opera, ci eravamo provati a cercare la parte vera di cosiffatta opinione: ma in fine del §. mostreremo perchè ora ce ne siamo rimasti. (Agg. alla 6ª ediz.)

(5) Non avendo parola che risponda in tutto alla *vindicatio* de' latini, ritengo l'antica. « Ritengo (scriveva Davanzati a Baccio Valori) molti vocaboli antichi di cose oggi perdute o variate, a cui non bene rispondono i moderni. » Tanto più, che *vendicare* appunto in questo senso è usato da' migliori, e lo stesso verbale *vendicazione* non è nuovo. Quasi tutti preferiscono *rivendicazione*, nè altra ragione potrebbero darne che l'autorità della lingua francese, la quale par che nel Foro voglia fare le ultime sue difese. (*Trad.*)

sto in dubbio da nessuno. Ma noi pretendiamo dippiù, che non v'abbia altro dritto, il quale possa risguardarsi come effetto del possesso: nel che, salvo uno o due autori, gli abbiamo tutti contro.

Generalmente parlando, la nostra asserzione trova già un sostegno nell'uso costante dei giureconsulti romani di non determinare la esistenza del possesso sotto alcuno altro rapporto che i due da noi detti (1). Ma poichè tal fondamento dovrà esser pienamente rischiarato più innanzi per mezzo di ricerche terminologiche, noi qui ci limiteremo a ribattere gli altri pretesi effetti del possesso. Non è nostra intenzione di dare una rivista a tutti i quadri dagli autori delineati de' vantaggi del possesso (2); ma di restringerci a quelli, la cui confutazione può fare evitar degli errori rilevanti, ovvero presentar la natura del possesso in uno aspetto novello.

1. Due casi vi sono, ne' quali giusta il dritto romano di Giustiniano, si acquista la proprietà insieme col possesso, in guisa che l'usucapione non vi sia possibile nè necessaria; cioè quello della *occupazione* di una cosa senza padrone, e quello della *tradizione* operata dallo stesso padrone. In ambo i casi, la cagion reale della proprietà risiede veramente nell'acquisizion del possesso (3), cioè a dire in ciò che i moderni giureconsulti chiamano *modus acquirendi;* ma il possesso, nella sua qualità di stato particolare, non è per modo alcuno il motivo del dritto acquistato, perciocchè esso stesso non comincia se non nel momento che la proprietà viene acquistata. Pertanto, non può qui trattarsi di alcun dritto appartenente al possessore come tale; e quella parte della teoria del possesso che concerne l'*apprehensio*, può servire ancora in materia di proprietà. Ma benchè non si possa qui cercare alcun proprio e giuridico significato del possesso, il detto rapporto è nondimeno di gran momento per la teoria del possesso; perciocchè essendo l'acquisizion del possesso e quella della proprietà inseparabili in quanto alla natura dell' atto acquisitivo (4), noi possiamo dedurne questa regola d'interpetrazione, che tutti i precetti relativi alla occupazione ed alla tradizione, tanto ch' essi concernono la *forma dell' atto*, possano eziandio esser posti a profitto siccome fonti per la dottrina del possesso, contuttochè per avventura non faccian menzione alcuna del possesso medesimo: della qual regola noi abbiamo già fatto uso nella premessa enumerazione delle fonti.

2. L'*azione pubbliciana* è concessa a qualunque possesso idoneo alla usucapione (eccetto quella di trent'anni): onde chè non è da temere errore alcuno di pratica, quando al pari che la usucapione si consideri questa specie della proprietà siccome un effetto del semplice possesso. Ma l'azion pubbliciana somigliando già molto nell'antico dritto romano alla vendicazione, ed essendovisi anche più avvicinata nel nuovo, in ordine a questa ancora non più si tratta di un semplice possesso, ma di un rapporto simile a quando l'occupazione o la tradizione fanno acquistare la vera proprietà nello stesso tempo che il possesso. Pertanto, ogni possesso acconcio alla usucapione può esser considerato sotto un doppio aspetto: risguardo alla proprietà che con la sua durata dee trarsi dietro, esso è, come semplice possesso, un degli obbietti della scienza del dritto (§. 2); risguardo all' azion pubbliciana annessagli fin dal suo cominciare, esso equivale alla proprietà. Perciò sotto quest' ultimo aspetto i più de' giureconsulti come proprietà l' han sempre trattato, non già come possesso.

3. Colui che possiede la cosa altrui, in modo da riguardarla e doverla riguardare per motivo legittimo (*bona fides* e *justa causa*) come sua propria, realmente acquista i frutti di quella (*fructuum perceptio*). Cotal dritto è considerato da' più degli autori come un

---

(1) Usiamo a bello studio la espressione *esistenza del possesso*, come denotante un rapporto continuo. Perciocchè l'acquisizion del possesso il più delle volte si vede esaminata solamente per rispetto alla proprietà che ne risulta: ma quest'altro rapporto sarà tra non guari determinato più per minuto.

(2) Ci sono dei comentatori, che ne hanno contato fino a settantadue (Car. Tapia, sull' Auth. *ingressi*, *C. de SS. Eccl.*). Ma già in Frider (*de mut. poss.* c. 8 e 9) ed in Cludio (*Res quotid.* c. 1) la confusione è tanta, che non più. Possiamo anche citare qui tutte le opere intitolate: *Beati possidentes*, ovvero *De commodis possessionis:* delle quali è soperchio il dire che tutte ripetono il medesimo, sotto altri nomi.

(3) Ciò si dice « per possessionem dominium quaerere. » L. 20, §. 2, D. *de adq. rer. dom.* — §. 5. J. *per quas personas.*

(4) Così vuolsi interpetrare la L. 8, C. *de poss.* « Per procuratorem utilitatis causa possessionem, *et si proprietas ab hac separari non possit* (cioè a dire quando si tratti di una occupazione o tradizione valida), dominium etiam quaeri placet. »

dritto al tutto particolare, e noverato infra i vantaggi più importanti del semplice possesso: ma si può provare ch'esso non è altro che la proprietà pubbliciana accordata con la regola generale dell'accessione; la qual pruova noi ci riserbiamo di fare in altro luogo (§. 22 *a*). Intanto supponendo esser così, tutto ciò che pur dianzi abbiamo detto (n.° 2) in quanto all'accessione, si applica alla percezione de' frutti, ed è grande inconseguenza l'escluder la prima d'infra gli effetti del possesso, mentrechè vi si annovera la seconda.

4. In una contestazione circa la proprietà, il possessore ha questo vantaggio che la prova è dovuta dall'avversario, e che quando nessuna prova sia fatta dall'un canto nè dall'altro, il possessore vince la lite (1).

Ciò non costituisce un dritto derivante dal possesso ed atto a mostrarlo sotto un novello aspetto, ma è l'applicazione di un principio comune a qualunque reo convenuto (2): è dunque la natural prerogativa di quest' ultimo, applicata al caso della vendicazione, nel quale il convenuto non può esser altro che il possessore.

L'interesse pratico che distingue questo caso da' precedenti consiste in ciò, che se detto dritto fosse una conseguenza del possesso giuridico, lo stesso detentore di una cosa non potrebbe averlo, se non quando egli fosse riconosciuto possessore giuridico; e che pertanto il semplice detentore non dovrebbe mai far da reo in un litigio relativo alla proprietà, perciocchè altrimenti non gli si potrebbe negare il dritto generalmente competente ad ogni reo. Ma se tal dritto non è una prerogativa del possesso, egli dee pure estendersi alla semplice detenzione, non equivalente al possesso. Ora il dritto romano statuisce in termini espressi, che la vendicazione può essere intentata, abbia o pur no il reo la qualità di possessore giuridico (3). E poichè non v' ha dubbio alcuno che l'attore debba esser respinto sempre ch' egli non pruovi, il dritto qui discorso appartiene tanto alla semplice detenzione, quanto al possesso: laonde esso non costituisce un dritto dipendente dal possesso considerato come un rapporto particolare e giuridico.

5. Il possessore è in dritto di difendere il suo possesso con la forza (4).

Tale dritto non può esser noverato fra quelli derivanti dal possesso, se non perchè il principio in cui si fonda non appartiene al dritto civile. In fatti, la protezion del giudice in questo caso non avendo alcun luogo, il detto principio non può giuridicamente avere altro senso, se non che chi per tal cagione usi violenza è dispensato della pena ordinata dalla legge contro ogni atto violento. Questo principio entra in parte nel dominio della ragion criminale, per causa della pena pubblica, in parte nella ragion civile, per conto della pena privata annessa alla violenza; ma per nessuna di dette parti può esser considerato come una conseguenza del possesso giuridico, dacchè generalmente la legittima difesa della semplice detenzione è altrettanto lecita che quella del giuridico possedimento. Par veramente che quest' ultimo avviso contraddica al citato passo del Codice, dove essendo la difesa legittima concessa al possessore, il cui possesso non sia ingiustamente cominciato, viene adunque ad esser negata ad ogni altro, e segnalamente ancora al semplice detentore. Ma questa maniera d' interpetrare, della quale è da fare uso con grande circospezione, non può quasi mai applicarsi a' *rescritti* del Codice. Ecco di fatto un caso, a cui la detta clausola si può riferire, senza che la nostra regola ne resti indirettamente distrutta. Colui che con la forza è stato espulso del suo possesso, può similmente con la forza riporvisi incontanente; anzi egli è considerato come se non avesse mai perduto il suo possesso (5). Ma se l'espulsore respinge l'attacco con la forza, non può prevalersi della legittimità della difesa, perchè per nessun rispetto può egli esser considerato come difensore. Non si potrebbe dunque opporre la legittima difesa a colui che avesse provato il giusto cominciamento del suo possesso: ed ecco come le parole *recte possidenti* hanno un significato, senza contraddire alla nostra regola.

(1) §. 4, J. *de interd.* I giureconsulti moderni esprimono peraltro questo dritto ne' più diversi modi, e ciascuna espressione è da essi contata per una particolare *beatitudo possessionis*. Per esempio: « il possessore è dispensato della pruova; egli ha in suo favore la presunzione della proprietà; nel dubbio, si decide a suo pro; esso non ha bisogno di mostrare la causa del suo possesso; ec. »

(2) « Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. » L. 21. D. *de prob.*

(3) L. 9, D. *de rei vind.*

(4) « Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. » L. 1, C. *unde vi.*

(5) L. 17, D. *de vi.*

Perlanto, la legittima difesa non può per modo alcuno esser considerata siccome una prerogativa del possesso.

6. Il dritto di ritenzione (1). Una sola osservazione è sufficiente a dimostrare come questo dritto non può appartenere alle consegnenze distintive del possesso; ed è ch'esso compete parimente a coloro che non hanno alcun possesso giuridico. Cotal dritto in effetto non altro è che una *eccezione di dolo*, differente dalle altre soltanto pel suo obbietto, e quindi accidentalmente.

§. 4. *Continuazione.*

Abbiamo provato che il possesso, considerato come un rapporto giuridico, si riferisce unicamente alla usucapione ed agli interdetti. Questa nostra opinione si vede confermata dall' ordine usato da' romani legislatori e giureconsulti nella trattazion del possesso.

1. Nelle *Instituzioni* (2), il possesso è locato in mezzo agli interdetti possessorii, perciocchè il dritto a tali interdetti non può fondarsi in altro che sul possesso: e dove si tratta della usucapione (3), si suppone per poco che il possesso sia noto.

2. Nelle *Pandette*, l'intero libro XLI tratta dell' acquisizion della proprietà. Ma mentre il titolo primo ragiona de' modi di acquistare naturali, ed il terzo co' seguenti della usucapione, il possesso ha luogo nel titolo secondo; manifestamente perchè serva di transizione alla usucapione, della quale egli costituisce il fondamento, e la quale non si può bene intendere senza una esatta cognizion del possesso. Gli interdetti vengono dopo, e di leggieri si scorge perchè nello spiegarli non sia più discorso del possesso.

Questa maniera di render conto dell'ordine seguitato nel Digesto è tanto naturale, che in ogni tempo i più de' giureconsulti l'hanno usata (4). Vi ha nondimeno di quelli che hanno ammesso un sistema contrario, pretendendo che tutta la materia della proprietà fu aggiunta al possesso soltanto per occasione, e che questo tiene il predetto luogo solamente per servir d'introduzione alla materia degli interdetti (5), ovvero a quella del procedimento esecutivo (6).

3. Nel *Codice* il possesso è posto tra la usucapione (7) e la prescrizione di lungo tempo (8), indubitatamente per esser esso la condizione necessaria di queste. Sono autori, i quali pretendono anche qui trovare l'anzidetto rapporto con la esecuzione (9).

Le *Basiliche* (10) (11) generalmente non fanno altro che seguitar l'ordine de' titoli delle Pandette, tramezzandovi quelli del Codice: nonpertanto è da notare che gli interdetti possessorii (12) son posti immediatamente dopo della usucapione, ed anche innanzi al titolo *pro emptore* (13).

4. *Paolo* (14) ragiona del possesso solamente come condizion della usucapione. Ma poichè in tutto quel titolo inscritto *de usucapione*, si discorre del possesso e della prescrizione di lungo tempo, senza che l'usucapione sia pur nominata, egli è molto probabile che gli autori della compilazione gotica abbiano fatto di gran mutamenti (15).

5. Nominiamo l'*Editto* per ultimo, sebbene sia più antico di tutte le mentovate fonti, perchè dell'ordine tenuto nel comporlo sappiamo pochissimo. Ciascun de'suoi comentatori tratta del possesso in luogo diverso. Nel comento di Ulpiano gli interdetti sono legati col possesso, e la usucapione n'è dilungata di molto; proprio il contrario che nel comento di Paolo. Ecco uno specchietto della differenza ch'è tra questi due autori:

---

(1) Thibaut, *Pand.* 8ª ed. §. 311. — Hufeland, *Besitz.* p. 34.
(2) Lib. 4, tit. 15.
(3) Inst. lib. 2, tit. 6.
(4) Duareno, *Comm.* sul tit. *de adqu. vel am. poss.* procm. p. m. 823.

(5) Cuiacio, *Parat.* sul Dig. XLI, 2.
(6) Van Giphen, *OEcon-juris.* p. 162; *Lectur. Altorph.* p. 394.
(7) Lib. 7, tit. 26-31.
(8) Lib. 7, tit. 33 38.
(9) Van Giphen, *OEcon.* p. 162.
(10) Lib. 50, tit. 2, in Meermann, *Thes.* t. V, p. 42-50. Però non vi si trova che una parte degli interdetti possessorii; il resto è compreso nei libri 58 e 60.
(11) Cioè, le costituzioni basiliche, ch'è quanto dire imperiali; o secondo altri, le costituzioni di Basilio Macedone, il quale fè raccorle. Alcuni dicono i *Basilici*, sottintendendo libri. I Greci, e dietro essi i Latini chiamarono questa raccolta *Basilica*, plurale neutro; ma in italiano non si può. (*Trad.*)
(12) Meermann, *Thes.* t. V, p. 57.
(13) *Ibid.* p. 58.
(14) *Recept. sent.* lib. 5, tit. 2, *de usuc.*
(15) Schulting, sulla rubrica del titolo citato.

	POSSESSO	INTERDETTI	USUCAPIONE
ULPIANO SULL'EDITTO			
Lib. XI			L. 6, *de usurp.*
Lib. XII			L. 1, *pro derelicto.*
Lib. XV			L. 1, *pro suo.*
Lib. XVI			L. 10, *de usurp.*
Lib. LXIX	L. 10, *de poss.*	L. 3, *de interd.*	
		L. 1, 3, *de vi*	
		L. 1, 3, *uti poss.*	
Lib. LXX	L. 2, *de poss.*	L. 4, *uti poss.*	
	L. 6, *de poss.*	L. 1, *de superf.*	
	L. 12, *de poss.*	L. 1, 3, *de itin.*	
		L. 1, *de aq. quot.*	
		L. 1, 3, *de rivis.*	
		L. 1, de fonte	
Lib. LXXI		L. 1, *de cloac.*	
		L. 2, 4, 6, 8, *de prec.*	
Lib. LXXII	L. 13, *de poss.*	L. 1, utrubi	
Lib. LXXIII	L. 16, *de poss.*		
PAOLO SULL'EDITTO			
Lib. LIV	L. 1, *de poss.*		L. 2, 4, *de usurp.*
	L. 3, de poss.		L. 2, *pro empt.*
	L. 7, *de poss.*		L. 1, *pro don.*
			L. 2, *pro derel.*
			L. 2, 4, *pro leg.*
			L. 2, *pro dote.*
			L. 2, *pro suo*
Lib. LXV		L. 2, 9, *de vi*	
		L. 2, *uti poss.*	
Lib. LXVI		L. 2, 6, *de itin*	
		L. 2, *de rivis*	
Lib. LXVII		L. 4, *de interd.*	
		L. 6, 16, *quod vi.*	

Questa sola disformità renderebbe già probabilissimo che il possesso non fosse trattato nell'Editto, e che i comentatori, i quali per offrire un corpo di dottrina compiuto non poteano passarlo in silenzio, l'abbiano intramesso ciascuno in quel luogo che più gli parea conveniente. Ma, lasciando anche star questo, l'ordinazione affatto pratica dell'Editto, in cui tutto risguardava a' mezzi giudiziarii, non permette di ammettere che vi si sia potuto inserire una sposizion della nozione, dell'acquisizione, e della perdita del possesso: in contrario, tutto induce a credere che di tal sorta regole erano senza eccezione alcuna abbandonate alla teoria del dritto, e che perciò i comentatori dell'Editto vi hanno tramezzata la materia del possesso secondo che a ciascuno pareva che stesse bene (1).

Egli è ancor più facile a dimostrare che quei dritti, che noi abbiamo ricusato riconoscere come effetti del possesso (§. 3), nessun legame con esso hanno nelle fonti del dritto romano.

(1) La prima di queste osservazioni è stata già da gran tempo fatta da Heise; la seconda è dovuta ad Ugo (*Gott. Anz.* 1818, p. 1538), e fu per la prima volta divulgata nella nostra quarta edizione.

La *occupazione* e la *tradizione* si trovano in tutte le fonti infra quei casi ne' quali la proprietà si acquista indipendentemente dal dritto civile.

L'*azion pubbliciana* nelle Instituzioni è trattata infra le azioni pretorie in generale (1), e nel Digesto la si trova allato della vindicazione (2).

La *precezion de' frutti* è trattata nella materia della proprietà, siccome modo naturale di acquistare, anzi nelle Instituzioni essa tiene immediatamente dietro all'accessione (3).

L'*esenzion dalla pruova* è veramente nelle Instituzioni presentata come un vantaggio del possesso, *commodum possessionis* (4); ma quivi essa è spiegata piuttosto per dimostrare l'uso frequente e la importanza dell'interdetto *retinendae possessionis*, che non per compiere il sistema del possesso (5).

Il *dritto della difesa legittima* non è presentato, ed a ragione, come una instituzion giuridica indipendente, per la quale debba cercarsi un particolare posto nel sistema del dritto privato; ma soltanto se ne ragiona per occasione, in una materia al tutto strania.

Da ultimo, il *dritto di ritenzione* non occupa alcun luogo suo proprio.

§. 5. *Il possesso è nello stesso tempo* dritto e fatto.

Noi dunque abbiam determinato il significato che il possesso ha nel dritto romano: ogni possedimento, cioè, si riferisce alla usucapione ovvero agli interdetti, e tutti i principii di dritto relativi al possesso considerato come alcun che di giuridico, non hanno altro scopo che di determinare la possibilità della usucapione oppure degli interdetti.

Ora non ci tornerà difficile il risolvere due questioni, sopra le quali sono state in ogni tempo divise le opinioni: la prima, se debba il possesso qualificarsi un dritto, o pure un fatto; la seconda, a qual classe di dritti, se dritto egli è, appartenga il possesso.

Quant'è alla prima, nessuno negherà che il possesso di sua propria ed original natura sia un fatto; e certo egualmente è ch'egli produca taluni effetti legali (6). Esso è dunque ad un'ora fatto e diritto; e tal suo doppio carattere è di grave momento per tutti gli sviluppamenti della teoria.

Non altro essendo primitivamente il possesso, che un fatto, la sua esistenza è indipendente da tutte le regole che la ragion civile o eziandio quella delle genti hanno ordinate circa all'acquisto ed alla perdita dei dritti (7). Così, la violenza può fare acquistare o perdere il possesso, comunttochè lontanissima dall'essere un atto giuridico: similmente, la nullità di un atto giuridico, per esempio quella di una donazione considerevole, per mancanza d'insinuazione (8), non impedisce punto la trasmession del possesso. Così parimente il possesso, per la detta

(1) Lib. 4, tit. 16.
(2) Lib. 6, tit. 2.
(3) §. 35. J. *de rerum divis.*
(4) §. 4, J. *de interdictis.*
(5) Del possesso vi si tratta nel §. seguente.
(6) Dalle conseguenze legali finora dedotte, il *jus possessionis*, in addietro ammesso soltanto per ipotesi, riceve una esatta significazione. E questa propria espressione in multi testi si legge: L. 44, pr. D. *de poss.* — L. 2, §. 38, D. *ne quid in loco publ.* — L. 5, §. 1. D. *ad L. Jul. de vi publ.* — L. 5, C. *de lib. causa.*

I termini *possessionis dominium* e *dominus*, nei quali molti autori han veduto un dritto affatto speziale, non hanno lo stesso significato. Noi il leggiamo ne' seguenti luoghi: L. 7, D. *de incendio.* — Const. 1, Cod. Gregor. III, 4. — L. 2, C. Just. *ubi in rem actio* (III, 19) — Const. 2, Cod. Theod. VIII, 18. — Ne' tre primi di questi luoghi, *possessio* dinota una possessione, cioè un podere, e *dominus possessionis* il padrone di quella. Nel passo del Codice Teodosiano, questo termine ha un senso molto men determinato, comprendendo la detenzione ed il godimento privi della proprietà, e quindi altresì del dritto di alienazione; ondechè propriamente si è significato l'usufrutto, e non può il vero possesso. Una const. posteriore (L. 10, C. *de poss.*) ha *jus possessionis* in luogo di *jus possidendi.*

(7) Tale è il senso de' passi seguenti: « Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: *eam enim rem facti* non juris esse. » L. 1, §. 3. D. *de poss.* — « .... possessio autem *plurimum facti habet* ». L. 19, D. *ex quib. caus. majores.* — « .... quod naturaliter adquiritur, *sicuti est possessio*, per quemlibet.... adquirimus ». L. 53, D. *de adq. rer. dom.* Qui l'acquisizion del possesso non è opposta generalmente ad ogni acquisizione giuridica, ma soltanto a quella del dritto civile, perciocchè tale opposizione bastava allo scopo dell'intero frammento.

(8) Le costituzioni imperiali sottoposero la validità delle donazioni a diverse formalità: quando era richiesta una scritta, quando de' testimoni, quando la insinuazione, cioè a dire trascrizione ne' pubblici atti; ma questa materia fu spesso rimutata. Da ultimo, Giustiniano ordinò che il semplice patto di donazione producesse un'azione, e che la insinuazione si richiedesse sol quando la donazione passasse 500 nummi d'oro, cioè ducati 1874 e carlini due di nostra moneta. (*Trad.*)

sua natura, non è capace di un *trasferimento* propriamente detto; ch'è quanto dire che nessuno può nella sua quali à di possessore esser considerato siccome successore del precedente, ma ch'egli acquista un possesso affatto nuovo ed indipendente da quello d'innanzi (1).

Ma questa regola non è senza eccezione. Sono casi, ne' quali è necessario o di concedere i dritti del possesso in mancanza del fatto, o di negarli con tutto che il fatto ci sia (2). Tutti i quali casi differiscono dagli altri in questo, che il possesso non riceve la qualità giuridica dallo effetto, anzi gliela dà (3). Egli è veramente necessario conoscere siffatte modificazioni della primitiva idea del possesso, ch'è quanto saper generalmente in quali casi il possesso esista e in quali no (cosa peraltro non difficile a chiunque sia fatto capace della propria natura del possesso): ma tale astratta ricerca non è di alcun pratico interesse. Fu Cupero (4) che introdusse il metodo incomodissimo d'infilzar tutte insieme le delle eccezioni, avendone egli stesso contate fino a settantaire. Somigliante catalogo può bene servire alla memoria, quando altri studi abbiano già dato cognizion della materia; ma non vale gran fatto per introdurre lo studioso. Noi nel presente trattato interporremo ciascuna delle dette modificazioni nel proprio suo luogo, cioè a dire sotto a quella regola a cui faccia eccezione.

Il doppio carattere del possesso sarà dichiarato anche meglio per l'esempio seguente. Nessuno può comprare la cosa sua propria, ch'è quanto dire che il contratto di vendita in tal caso è nullo (5). Il somigliante è dell'affitto, del precario (6), del deposito, e del commodato (7). Havvi nonpertanto una eccezione a questa regola, quando il proprietario consente a tali contratti per risguardo del possesso tenuto da colui che con esso contratta: nel qual caso, la *emptio possessionis* (8), la *conductio possessionis* (9), il *precarium possessionis* (10), e per analogia il *possessionis depositum* e *commodatum*, son validi. Ma non è da intendere per tali espressioni che somiglianti atti operino la trasmessione del possesso giuridico: perciocchè l'*emptor possessionis* non acquista punto il possesso senza il prendimento, e quest'ultimo gli avrebbe fatta parimente acquistare il possesso senza compera alcuna; il *conductor possessionis*,

---

(1) Questo principio, che non è privo di conseguenze, trovasi digià insegnato dal Duareno, sopra la L. 1, *de poss.* p. m. 838, 839. A questa tesi altresì vuoisi riferire una controversia stata tra Bulgaro e Martino: Rogierus, *De dissens. dominorum*, num. 73 (ed. Haubold, Lips. 1821, in-8°). « Differunt in eo, an quis a me possidere valeat, salva materia possessionis ».

(2) I giureconsulti nostri chiamano il possesso, ch'è supposto così per virtù di un principio di dritto positivo e malgrado la mancanza di natural detenzione, *possessio ficta*, *impropria*, *interpretativa*. Alberico è probabilmente il primo ch'abbia usato tali espressioni. Azzo, *Summa in Cod.* tit. *de poss.* n.° 15.

(3) « .... *plurimum ex jure possessio mutuatur* ». L. 49, pr. D. *de poss.* — « *Possessio non tantum corporis*, *sed et juris est* ». L. 49, §. 1, D. *de poss.* Uopo è dunque guardarsi di non confondere questi passi co'citati più sopra, i quali parlano del *jus possessionis;* sebbene la natura giuridica, assegnata qui al possesso, si riferisca appunto a tale *jus possessionis*. — Zachariae (*De poss.* p. 13) interpetra le parole *ex jure* con queste: *e servitute*, *ex usufructu*. Ma *possessio ex usufructu aliquid mutuatur* significa che il possesso accatta una regola dall'usufrutto, cioè che una regola destinata solo all'usufrutto è applicata al possesso. Papiniano dunque discorrerebbe così: Lo schiavo, del quale io ho l'usufrutto, può acquistare un usufrutto per me; ma il possesso si regola sovente secondo l'usufrutto; dunque questo schiavo può anche acquistarmi il possesso. Ma egli è certo, che Papiniano non ha fatto un simile ragionamento.

(4) *De nat. possess.* P. 1, c. 6.

(5) Ecco la definizione del precario data da Ulpiano: « Precario è ciò che si concede a chi lo « dimanda con preghi, perch'ei ne usi tutto quel « tempo, che al conceditore piacerà. Il qual ge« nere di liberalità si differenzia dalla donazione « in questo, che il donatore dà per non più ri« pigliare; ma chi concede in precario, dà come « a dir con riserva di ripigliare sempre che gli « aggrada sciogliere il precario. È poi simigliante al commodato, perciocchè anche il commo« dante non fa il commodatario padrone della co« sa, ma soltanto gli permette di usarla ». L. 1, D. *de prec.* Sicchè il precario dal commodato non differiva in altro, se non che quando anche alla convenzione di precario si fosse aggiunto un termine, il padrone della cosa potea raddomandarla prima, nè l'altro aveva, come il commodatario, eccezione in contrario, tenendosi l'aggiunzione del tempo come non posta. Voet, *Pand.* XLIII, tit. 26, §. 1. (*Trad.*)

(6) L. 21, D. *de usurp.*

(7) L. 21, *ibid.* — L. 4, §. 3, *de prec.* — L. 15, *depos.*

(8) L. 34, §. 4, D. *de contr. empt.* — L. 28, D. *de poss.*

(9) L. 28, 37, D. *de poss.* — L. 35, §. 1; L. 37, D. *de pign. act.*

(10) L. 28, D. *de poss.* — L. 6, §. 4; L. 22, pr. *de prec.* — L. 35, §. 1. *de pign. act.*

del pari che il commodatario, mai non acquista il possesso; il precario finalmente ed il deposito si regolano, in tal caso, quando secondo la vendita, e quando secondo la locazione. — Le dette espressioni non hanno altro significato, se non che la mercè del possesso che aveva il venditore ec., e che costituisce un rapporto giuridico di ragion positiva, è chiuso l'adito ad attaccar di nullità cotali contratti, i quali senza la detta circostanza del possesso non sarebbero stati validi, per mancanza di obbietto giuridicamente sussistente. Il che tutto si rattega nel più stretto modo all' anzidetta duplice natura del possesso. Conciosiachè qui il possesso è un fatto, imperocchè si fonda in un rapporto puramente di fatto, non già giuridico, cioè della detenzione; e questa è la ragione perchè in tali casi la vendita, la locazione ec., non contribuiscono punto all'acquisizion del possesso. Nello stesso tempo il possesso è un diritto, per quanto che taluni diritti dipendono da questo solo rapporto di fatto; ed ecco perchè, considerandolo come obbietto della vendita o degli altri detti contratti, le relative obligazioni sono tanto valide quanto quelle contrattate intorno alla proprietà.

Perlanto, il possesso è nel tempo medesimo fatto e diritto. Sarebbe cosa al tutto oziosa il riferir le tante discussioni sopra ciò fatte dagli autori. Cupero ha sposta questa materia con tanta chiarezza e precisione (1), che non v'entra più dubbio (2).

§. 6. *Specificazione del dritto di possesso.*

Noi dimandavamo in secondo luogo, a quale specie di dritti appartenesse il possesso.

Chi consideri il possesso solamente in quanto el fa possibile la usucapione, non comprende siffatto quesito. A nessuno certamente cade in pensiero di domandare di quale specie di dritti sia la *giusta causa*, senza della quale la tradizione non può punto trasferire la proprietà: perciocch' ella non ha forma di dritto alcuno, ma è parto di quell'atto complesso, per effetto del quale la proprietà si acquista. Il medesimo appunto è del possesso risguardante alla usucapione.

Resta dunque per obbietto di nostra questione il solo possesso abilitante agli interdetti. Tal questione può esser pienamente risoluta, senza fermarci alla specificazione di tuttaquanta la materia del dritto civile, il che ritarderebbe di troppo il nostro cammino. Noi proveremo che il possesso appartiene al *dritto delle obbligazioni*, la cui definizione supponiamo esattamente stabilita in dritto romano. Laonde, chi divide la totalità de' dritti di una persona in dritto delle cose e dritto delle obligazioni, si vede di per se stesso astretto a separare il possesso dal dritto delle cose: chi per contrario siffatta divisione rigetta, dee nondimeno assegnare al dritto delle obligazioni un qualunque posto particolare, e questo sarà pure il posto del possesso.

Il dritto degli interdetti possessorii appartiene alle obligazioni per la sola ragione che tuttiquanti gli interdetti di quelle fan parte (3). Noi però daremo opera a dimostrare in spezialità com'essi si fondino in sulle obligazioni nascenti da malefizi (4). Di ciò nessun dubbio può aversi in quanto all' interdetto *unde vi.* (5). L'interdetto *uti possidetis*, non solamente si trova dapertutto mentova-

---

(1) *De nat. poss.* P. I, c. 5.

(2) Zachariae (p. 11) tratta veramente da capo questa quistione, ma senza nulla aggiungervi di nuovo.

(3) L. 1, §. 3. D. *de interd.* « Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt ». Le parole *licet in rem videantur concepta* dovrebbero tradursi così: « senza neppure eccettuar quelli che ecc. »; perciocch' esse non si riferiscono a tutti gli interdetti, nè segnatamente a' possessorii, ma solo a taluni, come per esempio all' interdetto *quorum bonorum*. Feuerbach, *Suggi intorno al drit. civ.* p. 1ª, pag. 249, riferisce quelle parole a tutti gli interdetti in generale, i quali perciò malamente annovera tra le *in rem actiones*, nel senso largo del termine. — Hasse, *Mus. Ren.* VI, 196, spiega molto bene la natura personale di tutti gli interdetti, ma par che male abbia intesa la frase incidente: *licet in rem videantur concepta.* — *V.* altresì Ballhorn, *Sul dominio*. p. 160. (Agg. alla 6ª ediz.)

(4) Tra le cause delle obligazioni, subito dopo le convenzioni i romani giureconsulti pongono i malefizi o delitti, lasciando il terzo ed ultimo luogo alle cagioni varie (*variæ causarum figurae*). « Obligationes (dice la L. 1, D. XLIV, 7) « aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, « aut proprio quodam jure ex variis causarum « figuris ». *V.* Cato, III, 88; Westenbrg, *De causis obligotionum*, nelle sue *Opere*, I. 57. (*Trad.*)

(5) Nella L. 19, D. *de vi*, si parla di *delictum*; nella L. 1, §. 14. *eod.*, di *maleficium*; e nella L. 1, §. 15, *eod.*, di una *noxalis actio*. Dipoi tale interdetto è dato contro all' erede soltanto *in id quod pervenit*, conseguentemente alla regola generale per tutte le obligazioni provegnenti da delitto. L. 3, pr. D. *de vi*. Finalmente, nella eccezione *pacti*, è similmente accompagnato con altre azioni per delitti. L. 27, §. 4. *de pact.* — *V.* più sotto, §. 40.

to di paro con quello *unde vi*, ma eziandio come questo non si dà se non dentro l'anno (1), nè si ammette contro all'erede (2), convenientemente alla general regola che francheggia l'erede da tutte le azioni nascenti da delitto (3). Gli altri interdetti somigliano tutti a quello *uti possidetis*, eccetto l'interdetto *de precario*, pel quale pure l'obbligazion dell'erede è sottoposta alle restrizioni medesime che per ogni altra azione *ex maleficio* (4).

Ma se gli interdetti possessorii hanno le obbligazioni *ex maleficiis* per fondamento, perchè mai il dritto romano non li tratta unitamente con quelle (5)? La sola ragion di questo è che i Romani distribuirono le materie in risguardo al procedimento giudiziale. Essi non pongono sotto la rubrica delle *Obligazioni*, se non quelle che producono un'azione propriamente detta (6): il perchè gli interdetti, i quali davano luogo ad un particolare processo, furono separati dalle dette obligazioni. Se l'Editto avesse dato delle azioni in tutti cotali casi, nessun dubbio v'ha che gli interdetti sarebbero stati locati infra le azioni *ex maleficiis*, sebbene il diverso luogo non avrebbe punto diversificata la loro essenza. Ora, stantechè la nostra procedura non riconosce nè le azioni nè gli interdetti de'Romani, e che la importanza della loro separazione è sparita, fuori di ogni dubbio noi dobbiamo porre gli interdetti possessorii infra le obligazioni nascenti da delitti, giusta il sentimento degli stessi giureconsulti romani.

Adunque, il dritto degli interdetti possessorii appartiene al dritto delle obligazioni, nè del possesso si occupa, se non per quanto questo contiene la condizione della esistenza di essi interdetti. Il dritto di possesso (*jus possessionis*), cioè a dire il dritto prodotto dal solo possesso, consiste unicamente in ciò, che il possessore può ricorrere agli interdetti sittostochè un determinato turbamento è recato al suo possesso (7). Tolto questo, il semplice possesso non dà dritto alcuno; nè un dritto di obligazione, come per se stesso s'intende; nè un dritto alla cosa, perciocchè nessun atto da padrone non dee giudicarsi legale per ciò solo, che l'agente abbia il possesso della cosa.

La questione testè disaminata ha sempre dato luogo a grandi controversie: la maggior parte delle quali non è punto istruttiva, nè qui pertinente, perciochè quasi tutti gli autori si contentano di produrre una definizione del *jus in re* (o pure *in rem*) e *ad rem*, e di poscia annoverar nell'una o nell'altra classe, come tutti gli altri dritti, così pure il possesso, senza nulla dire di nuovo nè d'importante intorno alla natura di questo. L'importanza sta nel trattare il possesso come unicamente relativo alla usucapione ed agli interdetti (8). Donello è di tutti gli autori il solo che abbia mostrato le relazioni del possesso con tutto il sistema del dritto: per giustificare l'avviso suo proprio egli ci fa almeno presentire il più delle ragioni da noi qui maggiormente sviluppate. Merenda, a giudicarne da una osservazione accidentalmente da lui fatta, par che si fosse accostato al vero punto (9), benchè la sua ipotesi il signoreggiasse tanto da non lasciarglielo toccare.

Baldo è il primo che abbia ammesso quattro spezie di *jus in re*; la proprietà, la servitù, il dritto di pegno, ed il dritto di successione. Il qual numero è dipoi stato accresciuto, con aggiungervi il possesso (10), la dote, l'enfiteusi, ecc. Finalmente Hahn ne ha contato cinque, le quattro prime da noi

---

(1) « *Intra annum.* » L. 1, pr. D. *uti poss.*

(2) « Honorariæ autem actiones (tra le quali son compresi gli interdetti) quæ post annum non dantur, *nec in heredem dandae sunt*: ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in... interdicto unde vi, etc. » L. 35, pr. D. *de obl. et act.*

(3) L. 38, 44, D. *de re jud.* — L. un. C. *ex delict. def.* — Cod. Herm. tit. 2. — *V.* per maggiori particolari su questo punto, il §. 37.

(4) « Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur... ex dolo... defuncti hactenus, *quatenus ad eum pervenit*, » L. 8, §. 8, D. *de prec.*

(5) Le obligazioni nascenti da delitti si trovano trattate nelle Istituzioni, lib.4, tit. 1-4; nelle Pandette, lib. 47; gli interdetti in generale sono trattati nelle Instit. lib. 4, tit. 15, e nelle Pand. lib. 43.

(6) Tanto è indicato dalla rubrica: *De obligationibus et actionibus*. Dig. XLIV, 7.

(7) Sintenis (Zeits. di Linde, t. VII, p. 259 e seg.) vanamente oppugna tale spiegazione del *jus possessionis*: pretendendo che questa espressione non denoti il dritto derivante dal possesso (nel qual caso dovrebbe dirsi *jura possessionis!*) sibbene il possesso con tutti i suoi rapporti legali. (Agg. alla 6ª ed.)

(8) *Comm.* V, 6-13 (in quanto alla usucapione); XV, 32-34 (in quanto agli interdetti possessorii).

(9) *Controv.* XII, 28. « Ubicunque de possessione agitur, ad interdicta respicimus, vel usucapionem. »

(10) Alciato, *Respons.* L. 5, Cons. 112, n.° 4.

ricordate, ed il possesso (1): ed i suoi scritti, che son pessimi, hanno avuto l'onore d'esser posti alla testa di numerosissimo partito (2). Alcuni autori han cercato decidere la quistione con dare al possesso un luogo a parte nella materia del diritto delle cose, allato al *jus in rem* e *ad rem*, e danno questa divisione per una delle principali del sistema (3): ma simigliante opinione non può esser nata, che dalla impossibilità di cavarsi d'impaccio.

Gli autori sistematici, allorchè s'è trattato di assegnare un posto al possesso, sono stati maisempre imbarazzatissimi. Connano (4) ed Ayliffe (5) ne trattano nella materia della usucapione, come di condizione di questa; e bene sia: ma l'altro lato giuridico del possesso, ch'è il diritto degli interdetti, manca del tutto nel loro sistema. Domat (6) divide la ragion civile tuttaquanta in *impegni* (7) e *successioni*: quanto a' primi, egli spone tra l'altre cose le conseguenze, per virtù delle quali possono essere raffermati, ed infra queste il possesso e la prescrizione (8). Il posto da lui assegnato al possesso ci prova già chiaro, non aver egli potuto spiegarsi la verace natura del possesso in ragion romana: per la qual cosa, per tutta la distesa del suo trattato, non rifinisce di confondere tre idee, le quali bisogna sempre accuratamente distinguere, chi non voglia andare errato in su tutta la teoria; *possessio, possessio civilis* e *jus possidendi*. Tra' giureconsulti moderni, molti (9) han posto il possesso nella parte generale del sistema, quantunque esso non abbia niente di più generale che la proprietà o qualsivoglia altro diritto.

Havvi ancora un errore molto più importante di tutti quelli da noi avvertiti rispetto alla natura giuridica del possesso: il quale, rimasto fuori di tutte le sopramentovate questioni, è stato comune agli autori di tutti i partiti. Per esso, il possesso non è stato considerato come un particolare diritto, ma come una proprietà provvisionale; e gli interdetti sono stati risguardati soltanto come provvisionali vendicazioni, introdotte pel solo fine di regolar la procedura relativa alla proprietà. Questo errore, il quale ha forse avute più conseguenze pratiche di tutti gli altri, non potrà essere pienamente confutato, se non quando avremo sposta la natura degli interdetti. Ci limiteremo a citare i seguenti passi, i quali debbono qui trovare lor luogo, perciocchè si riferiscono alla essenza medesima del possesso: « *Nec possessio et proprietas misceri debent* (10); » e: « *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (11). » Che questi due luoghi vogliano esprimere altro, che non la triviale verità di non doversi il possesso confondere con la proprietà, è dimostrato dalle susseguenti parole del secondo testo citato: « *Et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui cœpit rem*

---

(1) *Diss. inaug. de jure in re.* Helmst. 1639; e più compiuta, Helmst. 1664, in-4°. Egli ha riprodotto la sua opinione in molte altre opere pubblicate circa il possesso.

(2) Nella seguente opera, questa sentenza è combattuta, e l'autore prova a dilungo il possesso non essere un *jus in re:* H. G. Scheidemantel, *Resp. J. F. Rappolt diss. de numero specierum juris in re et præsertim: an possessio sit illis annumeranda.* Stuttgardt, 1786.

(3) J. B. Friesen, *Resp. Sturm de genuina poss. indole.* Jenæ, 1725. Ristampato nelle *Disput. Jenenses*, di G. Sturm. Vitemb. Egli è seguitato da Hœpfner, *Comm. Instit.* §. 280, nota 2.

(4) *Comm. jur. civ.* III, 8-10. Neap. 1724. in-fol.

(5) *A new pandect of Rom. civ. law.* Lond. 1734, fol. lib. 3. tit. 10, il tit. 8 comprende la usucapione; nel tit. 9 s'è inframessa la donazione, per attenersi il più possibile all'ordine de' titoli delle Instituzioni.

(6) *Leggi civili*, 1ª parte (degli impegni e loro conseguenti) lib. III (de' conseguenti che aumentano o raffermano gli impegni); tit. 7 (del possesso e delle prescrizioni) Parigi, 1713, in-fol.

(7) *Engagements:* del valore alla qual parola dato da Domat si tratta nella nota seguente. (*Trad.*)

(8) A rigore, il vocabolo *engagement* da lui adoperato non equivale per esso ad *obligazione*, perocchè vi comprende eziandio il matrimonio e la potestà paterna (*Tratt. delle leggi*, c. 3, 4). Ma nell'opera stessa egli non si occupa di siffatti rapporti, trattando solo delle obligazioni, ed anche con poco esatta nozione. Quindi a lui non sembra che il possesso abbia altra importanza che come esecuzione e confermazione delle obligazioni, perchè per esempio il compratore mediante la tradizion del possesso viene a ricever la proprietà, ch'è il proprio suo obbietto. V. *Tratt. delle LL.* c. 14, §. 12.

(9) Per esempio, Hofacker, *Princ. jur. civ.* III, 2. Questo rimprovero richiede una breve dichiarazione, acciò non sia franteso. Quando l'autore di un trattato reputi necessaria una parte generale, non gli si può far colpa di trattarsi del possesso. perciocchè generalmente ei la compone per soddisfare agli intendimenti a se stesso proposti per lo insegnamento, e nessuno ha dritto di dettargli la legge: ma egli è mestieri che, agevolando per tal modo lo studio, non si dimentichi di riconoscere e sporre il vero luogo del possesso nella parte speciale, cioè a dire nel sistema stesso del dritto.

(10) L. 52, per. *de poss.*

(11) L. 12, §. 1, *de poss.*

vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit (1). »

AGGIUNTA ALLA 6ª EDIZIONE.

Dopo la pubblicazione della quinta edizione di quest' opera, parecchi autori han sentenziato diversamente circa la general natura del possesso, da noi definita ne' §§. 2, 5 e 6. Per poterci spiegare con maggior brevità e chiarezza intorno a cotali sentenze differenti dalla nostra, non sarà inutile il qui ripetere il nostro proprio concetto più particolarmente e ritoccare una modificazione da noi già per innanzi sbozzata.

Il possesso si presenta a prima giunta come un potere puramente di fatto in su taluna cosa, senza alcun che di legale. In questo stato medesimo è egli protetto contro talune violazioni, ed è precisamente a causa di tal protezione che vi son delle regole concernenti l' acquisto e la perdita del possesso, proprio come s' esso fosse un diritto. Trattasi ora di addilare il fondamento di tal protezione e di siffatta assimigliazione del possesso a un diritto. Questo fondamendo consiste nella congiunzione del detto stato puramente di fatto con la persona, la inviolabilità propria della qual persona serve nello stesso tempo a proteggere tale stato da quelle violazioni che offenderebbero altresì la persona medesima. La persona, infatti, dee maisempre esser guarentita da qualunque violenza, e se violenza l' è fatta, è questo sempre un torto, quantunque le conseguenze possano esserne differenti. Esaminiamo, per tal rispetto, primieramente i due casi estremi che possono occorrere: uno, quando la violenza non abbia offeso che la persona; l' altro, quando la violenza abbia attaccato e la persona e un dritto ad essa appartenente, per esempio la sua proprietà. Il primo non avrà in ragion civile (chè la criminale qui lasciamo da banda) altro effetto, che di produrre per avventura un' azione d' ingiurie. Nel secondo caso, la personal violenza non è neppur necessaria perchè sia protetta la proprietà violata, la qual trova già protezione per se medesima; nondimeno il concorso delle due offese può aver degli effetti particolari, ed è questo il luogo dell' azione *vi bonorum raptorum*. — Infra tali due casi estremi trovasi quello in cui la violenza, ch' è stata contro alla persona, nello stesso tempo turbi o rapisca un possesso. Qui non è avvenuta lesione di un *dritto* per sè stante, ma sol quella della persona: nondimeno è successo un mutamento nello *stato* della persona, in costei pregiudicio, e per riparare in tutte le sue conseguenze la ingiustizia propria della personale violenza, è necessario che il detto stato di fatto, in sul quale la violenza s' è distesa, sia protetto o rintegrato. Tale si è il verace fondamento degli interdetti possessorii: un esame più esatto dello stato di possesso renderà questo punto anche più chiaro. Si è detto che tale stato tornava simigliante a un diritto, dacchè dava fondamento alla *presunzione* della proprietà, e che per questo motivo il possessore avea dritto ad invocare delle azioni protettrici (2). Ma nel vero siffatta presunzione non ha fondamento alcuno legale, perciocchè quando si tratti del semplice possesso, tanta presunzione vi ha per attribuire la proprietà al possessore, quanta per negargliene. Il che si vedrà anche meglio per la comparazione del possesso semplice con quello di buona fede (*bonæ fidei possessio*). In fatti, in quest' ultimo la proprietà è attribuita per una finzione, la quale altro non è che una presunzione, dappoichè essa è distrutta dalla *dominii exceptio*: ma il titolo legittimo, in cui solo si fonda la detta finzione o presunzione, non esistendo punto nel semplice possesso, è manifesto mancare in questo ogni fondamento di una legal presunzione della proprietà. — D'altra parte, non dee punto porsi in dubbio la *possibilità* della proprietà nel semplice possessore; in risguardo alla quale possibilità appunto il possesso gli dà de' vantaggi molto importanti, così nella procedura come di fatto, i qua-

(1) L. 12, §. 1, *cit.* Non v' è luogo in tutto il titolo, che sia stato sì spesso e sì a lungo comentato, come questo: la prima opera stampata circa il possesso è appunto un cosiffatto comento (Bononiæ 1491, in-fol.). Ma nessuno di tali scritti fa al nostro proposito, perocchè sopra il detto testo trattano quella questione di procedura, se il petitorio possa cumularsi col possessorio.

(2) Noi avevamo nella 3ª, 4ª e 5ª edizione ammesso tale presunzione, ma ora la disdiciamo. Le dà qualche colore di verità la circostanza, che in fatto di vendicazione la prova è dovuta dall' attore, e s' egli non pruova, è respinto, quand' anche l' avversario non provasse in contrario. Ma la ragione di questo non è nella presunta proprietà del convenuto, sibbene nel principio che generalmente il giudice dee soltanto soccorrere a chi lo convinca di suo dritto. Anche in una azion personale l' attore è tenuto a provare: si dirà forse, che ne sia causa la presunzione che il debito non sussista?

li debbono essere a lui conservati o pur restituiti, se si vogliono distrugger del tutto le conseguenze della violenza. Primo vantaggio è che in una contestazione circa la proprietà il possessore si trova nella condizione di convenuto, la quale lo dispensa di qualunque pruova (§. 3, n.° 4). Dipoi, egli può nella sua qualità di posseditore, o che per la conservazione della cosa medesima o che per guadagnarne i frutti, introdurre nella cosa talune novità, delle quali l'avversario non potrà con azione alcuna fare suo pro (1). Dippiù, lasciando anche stare la detta possibilità della proprietà, egli ha senza fallo il vantaggio puramente di fatto, che può fare uso della cosa come s'ei ne fosse proprietario, tantochè il vero padrone non crede opportuno di chiamarlo in giudizio. La riunione di tutti questi vantaggi costituisce *l'interesse della violenza sofferta* (2), e rende il possesso medesimo capace di produrre degli effetti simiglianti a quelli di un dritto, benchè dritto veramente non sia (3). Pertanto, la obbiezione che per tal modo il torto ingenererebbe un dritto, non è punto fondata, dacchè il possesso non vi figura come un dritto egli stesso, ma solamente come interesse della lesione di un altro diritto già sussistente. Con più ragione forse si potrebbe obbiettare che i detti vantaggi di fatto possono altresì aver luogo nella detenzione, e che al nostro avviso conseguirebbe che gli interdetti dovessero parimente competere all'amministratore di roba altrui. Ma si risponde che tale amministratore è da supporsi o in concordia col vero possessore, o pure in contrasto: nel primo caso, non ha egli bisogno di propri interdetti, perchè quelli competenti al possessore bastano eziandio per sua difesa; ma nel secondo caso, volendo egli servirsi degli interdetti contro la volontà del possessore (avverso lui medesimo, o avverso di una terza persona), non potrebbe, perchè questo sarebbe far contro a quello stesso rapporto di obbligazione ch'è il fondamento della sua detenzione, e bastante garentia di tutti i suoi interessi. — Laonde, allorchè ci domandiamo qual posto sia da assegnare al possesso nel generale sistema de' dritti, noi siamo sempre ricondotti a dichiarare che il possesso medesimo non ha luogo alcuno tra'dritti, poichè dritto non è; ma il dritto da lui prodotto, per cagion del quale egli assume una grande somiglianza con un dritto e fa necessarie delle particolari regole per l'acquisto e per la perdita, è il dritto degli interdetti possessorii, e quindi un dritto obbligatorio. Spesso questa quistione è stata in diversi modi imbrogliata. Primieramente, molti autori ricercano la situazione sistematica del possesso, cioè in qual luogo sia da trattar del possesso in un sistema abbracciante tutto il dritto romano. Ma una parte solamente di tal questione potendo esser risoluta secondo la essenza stessa del possesso, e dipendendo l'altra dal particolar disegno di ciascun trattato, bene potranno le diverse parti del possesso esser trattate in diversi luoghi, come appunto vedesi fatto da' più degli autori che han dato sistemi di dritto. — Altri da storiche ricerche sono condotti a dimostrar che in origine il possesso ha avuto un significato al tutto differente da quello che il nuovo dritto gli attribuisce (§. 12 *a*). Ma siffatta investigazione non fa niente al significato presente: conciosiachè, mutate le fondamenta del possesso, il significato del nuovo diritto vuol essere esposto ed applicato in modo tanto indipendente, quanto s'egli fosse il solo. Tale infatti è il modo da noi tenuto, e perciò appunto non abbiamo a questo trattato, siccome ad altri, dato principio con una istorica ricerca.

Passiamo ora alla disamina delle opinioni di alcuni autori moderni intorno alla quistione testè discussa; i quali, ordinati secondo il

---

(1) Pare che qui l'autore non possa accennare ad altro che alle spese e miglioramenti per avventura fatti dal possessore nella cosa non sua. Circa il qual particolare, fatta la debita distinzione tra le spese necessarie, utili, e piacevoli, si osservava che il possessore potesse ritenere la cosa infino alla sua totale soddisfazione. (*Trad.*)

(2) Il valore di questa espressione si capirà meglio per quelle parole del Digesto, che l'uomo cacciato a forza dalla sua possessione debba conseguire « *tantum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse:* » cioè essere indennizzato di tuttoquanto il disavanzo cagionatogli dall'altrui violenza. (*Trad.*)

(3) Tale relazione, da cui tutto qui dipende, può ancora essere spiegata con la seguente analogia. Nel dritto antico l'interdetto *unde vi* si concedeva per gl'immobili, non mai pe' mobili: ma quando nella occupazion violenta di uno immobile, erano state insieme rubate o distrutte delle cose mobili, l'interdetto abbracciava altresì la perdita di queste, come indennità della espulsione dall'immobile (§. 40). Qui i mobili, che non han luogo alcuno nell'interdetto, vi sono nondimeno compresi per rispetto di lor partecipazione della violenza patita dall'immobile. Egualmente, la lesione del possesso, non ostante che questo non sia un dritto, diviene il fondamento di un'azione, pel solo collegamento di tal lesione con l'atto essenzialmente illegittimo della violenza personale.

tempo della pubblicazione di lor dottrine, sono: Gans (1), Puchta (2), Rudorff (3), Thaden (4), Hasse il giovane (5), Rauh (6), ed Huschke (7).

Gans mette il possesso a capo de' *jura in re*. Egli dice che l'atto dell'avere una cosa, riguardato dal lato di una volontà particolare, costituisce il possesso; ma considerato dal lato della volontà generale, esso forma la proprietà (8). La volontà particolare poter essere al tutto ingiusta; la generale, per contrario, essere appunto la giustificazione del possesso. La volontà particolare, tuttochè ingiusta, esser difesa, perchè già per se stessa costituisce alcun che di sostanziale, a cui si dee protezione (p. 211). Il possesso essere una proprietà che comincia: il qual cominciamento è protetto dagli interdetti, dacchè racchiude la possibilità di condurre alla proprietà per la via della usucapione (p. 211 e 214). — Ma la volontà particolare, che può essere ingiusta, non è in sostanza altro che il semplice fatto, e la volontà generale costituisce il diritto: ondechè il rapporto del possesso con la proprietà essendo proprio il medesimo che del fatto col dritto, cosiffatta spiegazione non risolve punto la questione del come questo fatto, per avventura ingiusto del tutto, pervenga ad esser protetto dalla legge. L'autore dà per principio che la volontà in se stessa, eziandio la ingiusta, dev'esser protetta, ma punto nol prova; avvegnachè, stando alla general natura dell'ordine giudiziale, vuolsi proteggere la sola volontà conforme al dritto, e combattere la contraria. Pertanto, la vera spiegazione può unicamente fondarsi nella proprietà che comincia, e sarebbe soddisfacente quando gli interdetti avessero per proprio ufficio di difendere il possesso prescrittivo, al quale solamente può darsi il nome di proprietà cominciante. Ma si sa che a tale effetto è destinata l'azion pubbliciana, e che gli interdetti difendono parimente il possesso senza titolo, ed anche quello ingiusto, il qual per certo non è cominciamento di proprietà. In fin de' conti, questa spiegazione riducesi a zero. — Puchta (p. 294) e Rudorff (p. 95) esaminano questo nuovo tentativo più minutamente di noi.

Puchta pretende che la nostra teoria mostri soltanto gli effetti del possesso, e taccia del suo essere. Il possesso essendo un dritto non sulla cosa, ma sulla propria persona, sulla propria volontà, la protezione conceduta al possesso esser propriamente personal protezione applicata particolarmente alla soggezione naturale, non già legale, della cosa. Questo principio esser legato con tutto il sistema del dritto, inquantochè qualsivoglia diritto può riferirsi a cinque obbietti, cioè le cose, le azioni, le persone straniere, quelle a noi sottostanti (9), e la propria nostra persona. — La spiegazione qui data della difesa del possesso non è essenzialmente differente dalla nostra; perciocchè anche noi la spieghiamo con la inviolabilità della persona, e col vincolo formatosi tra una persona e la cosa a lei naturalmente sottoposta. Vero è che qui la formazione di una particolar classe di dritti fondati in sulla inviolabilità della persona è nuova e propria dell'autore: ma essa si riferisce all'ordine generale del dritto, e non punto al fondamento speziale del possesso. — Rudorff (p. 101) ed Hasse (p. 184) entrano in maggiori particolari su questa scrittura del Puchta.

Rudorff non dissente da noi, se non nel prendere a fondamento del dritto di possesso la facoltà che altrimenti l'uomo si arrogherebbe di difendersi egli stesso. Secondo lui, gli interdetti possessorii appartengono a' primi tentativi del divieto di farsi da se stesso giustizia, i quali furono in processo di tempo compiuti e raffermati dalle leggi Giulie e dalle costituzioni degli imperatori. Sicchè essi avrebbono per causa il mantenimento della pace e dell'ordine pubblico, il cui turba-

(1) *Abbozzo di sistema del dritto civ. rom.* Berlino, 1827, p. 202-216.

(2) *Museo Renano*, t. 3, p. 289-308 (1829); specialmente, p. 303 e seg.

(3) *Cronica per la giurispr. istorica*, t. 7, p. 90-114 (1830).

(4) *Sulla nozione del possesso atto agli interdetti*, *presso i Rom.* Amburgo, 1833.

(5) *Museo Renano*, t. 6, p. 183 e seg. (1833).

(6) *Storia della dottrina del poss.* 1834.

(7) *Del passo di Varrone sopra i Licinii*, Heidelberg, 1835, p. 75 e seg.; particolarmente p. 99-110.

(8) Il Gans è de' principali seguaci della filosofia di Hegel: secondo la quale, ogni diritto si fonda nella umana volontà, cominciando dalla volontà particolare dell'individuo, e perfezionandosi per la general volontà di tutti gli uomini, cioè per trovarsi quella individuale volontà tale, che nessun ragionevole uomo potrebbe disapprovarla. (*Trad.*)

(9) Ciò erano, in dritto romano, i figliuoli ed altri discendenti sottoposti alla potestà del padre di famiglia, e gli schiavi o propri del padrone, o da lui tenuti in usufrutto, o anche in buona fede come suoi, ma ch'egli avesse giusta cagione di creder tali (Inst. lib. 2, tit. 9, pr.). Tutte cotali persone facevano quasi una sola con quella del loro capo: il perchè gran parte de' loro acquisti andavano a lui, ed all'incontro egli era tenuto de' danni da loro arrecati. (*Trad.*)

mento dovendosi ragionevolmente o impedire o almeno riparare in tutti gli effetti, segue di necessità che il possesso debba essere conservato o restituito. — Egli è fuori dubbio che ogni atto di violenza può essere in dritto giudicato sotto un doppio aspetto; perocchè esso offende insieme l'ordine pubblico ed una persona. Si può bene un di questi due rapporti chiamare di ragion pubblica, l'altro di privata, ed a ciascun d'essi attribuire particolari instituzioni legali; ma che che sia dell'uno, sempre l'altro più o meno rimane (1). Or quale de' due fondamenti primeggia negli interdetti possessorii? Rudorff pretende che sia quello di ragion pubblica, o crede soprattutto provarlo per ciò, che le nostre fonti di dritto trattano congiuntamente l'atto di farsi giustizia da se medesimo ed il possesso (p. 107). Ma tal circostanza trovando già bastante spiegazione in quella specie di affinità che, come abbiam notato, è tra le due cose, non può decidere la questione proposta. Quanto a noi, stimiamo piuttosto che il rapporto di ragion privata sia il proprio fondamento del dritto di possesso, ed ecco perchè. Primieramente, l'assimigliazione delle tre circostanze, *vi*, *clam*, *precario*, sembra appartenere alla origine della materia degli interdetti: ma quantunque tutt'e tre possano bene essere assomigliate in quanto alla offensione de' privati, pure la pace pubblica non ha da temere altro che della prima. In secondo luogo, l'atto di farsi ragione da se stesso presuppone una pretensione legale, ma sostenuta in modo non lecito: per contrario, nella materia degli interdetti possessorii non è mai parola di questo; che anzi il semplice turbamento del possesso, a cui risponde l'interdetto *retinendæ possessionis*, è del tutto inconciliabile con lo sperimento di una pretensione legale. Terzo, se sono da considerar gl'interdetti sol come un cominciamento del divieto di farsi giustizia da sè, perchè mai sonosi essi perfezionati tanto appartatamente in quelli stessi tempi ne' quali altre instituzioni affatto diverse furono introdotte contro quel reato medesimo? Quant'è all'effetto che le leggi su questa materia han avuto in su quella del possesso (*v.* §. 40), egli è spiegato abbastanza per la sopra mentovata affinità. In Hasse (p. 187) si trovano altri particolari circa il trattato di Rudorff.

Thaden attende in prima a provare che il possesso è realmente un dritto, e cerca di poi definir la natura di tale diritto. Il possesso è un dritto, dice egli (p. 14 e seg.), perchè non si può commettere un furto se non rispetto a chi realmente abbia diritto alla cosa furata. Ora, havvi un *furtum possessionis*; e stantechè questo può esser particolarmente commesso verso il creditore possedente a titolo di pegno, il quale ha il vero possesso, egli è perciò ben provato che questo medesimo possesso, cioè quello abile agli interdetti, è appunto il dritto manomesso dal detto furto. Che se poi si chiegga della natura di questo dritto, sarà da rispondere (p. 63 e seg.), esser esso un dritto sopra la cosa, introdotto col fine di difendere uno stato compreso nella proprietà. In fatti, il possesso conducente all'usucapione esser protetto mediante l'azion pubbliciana; ma oltre alla usucapione incontrarsi ancora alcune acquisizioni provegnenti da possesso, alle quali la detta azione non è parimente applicata. Or poichè siffatte acquisizioni sarebbero sprovviste di ogni protezione, essersi per esse trovati gli interdetti possessorii. Ecco intanto le acquisizioni contenenti i veri fondamenti per ispiegare il dritto del possesso:

1. La *longi temporis præscriptio*, massime quella degli stabili provinciali; il che spiegare, tra l'altre cose, perchè gli interdetti si applicassero principalmente agli immobili.
2. La *præscriptio longissimi temporis acquisitiva*.
3. La prescrizione immemorabile.
4. La *præscriptio longissimi temporis extinctiva*.

Per questo il possesso proprio agli interdetti rassomigliar sì forte a quello conducente alla usucapione; non vedendovisi altra differenza, che del quanto. — Crediamo avere in tal guisa dato la sostanza di tutta l'opera di Thaden.

La opinione testè compendiata ha un'apparenza di sistematico fondamento, la quale ci obliga a diligentemente esaminarne gli elementi. Ma prima d'ogni altro, l'argomento tratto dal *furtum possessionis* è assurdo del tutto: perciocchè se il possesso fosse l'obbietto giuridico del furto, il ladro, rubato a sua volta, dovrebbe parimente avere l'azione *furti*, giacchè senza dubbio egli ha il possesso; ma per contrario è certo ch'egli tale azione non ha (2). D'altra parte, è del pari

(1) L. 27, §. 4, D. *de pact.* « ..... interdicto unde vi, *quatenus publicam causam contingit, etc.* ».

(2) L. 76, §. 1, D. *de furt.* — *V.* L. 12, §. 1; L. 71, §. 1, *eod.*

incontrastabile che la detta azione appartenga alle seguenti persone, benchè nessuna d'esse goda il possesso: ciò sono l'usufruttuario e l'usuario, i quali hanno una semplice detenzione (1), ed anche il creditore sopra pegno datogli per sola convenzione, il quale neppur la detenzione ha, ma solamente una *actio in rem* tendente a fargli ottenere il possesso (2). Egli è dunque evidente che il vero fondamento del *furtum possessionis* non è un possesso violato, ma piuttosto un *jus in re*, nel qual si contiene la pretensione di un possesso (qual ch'egli sia, vero possesso o semplice detenzione, presente o avvenire), e che dal furto resta privato di siffatto vantaggio. Quanto agli altri motivi, non sono meglio fondati del già confutato. La prescrizione immemorabile è stata introdotta nel romano diritto per isbagli esegetici. La prescrizion trentenaria delle azioni s'introdusse più tardi, sicchè non è proprio possibile ch'essa possa servire alla spiegazion degli interdetti, precedenti di più secoli. Ondechè, non resterebbe altro che la *longi temporis præscriptio*, segnatamente quella degli stabili provinciali. Quanto alla quale, l'autore pretende che non sia stata protetta con l'azion pubbliciana, perchè proprio ufficio di questa era l'accompagnare una usucapione effettivamente in corso: ma tale asserzione appunto è falsa del tutto. Perciocchè per contrario la detta azione fu di buon'ora applicata a casi ne'quali una vera usucapione non era possibile mai: tali erano l'usufrutto, le servitù reali, l'*ager vectigalis* (3), la superficie (4), e particolarmente gli immobili provinciali (5). In tutti questi casi, e soprattutto nell'ultimo, l'azion pubbliciana era pienamente sufficiente, e non v'era da tal lato necessità alcuna d'inventar gli interdetti. L'autore adunque in sostanza non ha provato alcuna delle sue spiegazioni.

Hasse pretende che il possesso è un dritto in sulla cosa, ma un dritto relativo, cioè a dire un dritto che non si può far valere contro ognuno, ma solamente contro chi voglia attaccare il possesso con la violenza ecc. Dipoi dice che il possesso medesimo non costituisce già siffatto dritto, ma che nella qualità sua di stato puramente di fatto, esso è mai sempre accompagnato da un dritto anonimo che lo protegge. I Romani, a suo detto, non hanno chiaramente stabilita colai distinzione, e perciò essi denotano ordinariamente ambedue le cose col vocabolo *possessio*. Che talvolta nondimeno ia si vede trasparire, segnatamente nelle L. 2, §. 2, 3, D. *de interdictis*, dove le espressioni *causa proprietatis* e *possessionis* debbono riferirsi alla detta differenza (p. 199, 200). — Ma il dritto in sulla cosa, il quale non si possa far valere altro che contro le persone trascorrenti ad atti di violenza, troppo malagevolmente si potrà mai distinguere da una obligazione di tali persone, sempre che si presupponga il possesso di fatto. Similmente non possiamo credere che l'asserir che il possesso dà dritto alla protezione differisca in altro, che nelle parole, dall'asserir che il detto diritto non provenga dal possesso, sì bene da un dritto innominato che accompagna il possesso. La interpetrazione finalmente della citata legge 2 ci sembra al tutto erronea.

Rauh non tratta della storia del possesso per altro, che per oppugnare la deduzione istorica da noi propugnata, e pone in vece una deduzione per lui tratta da una generale necessità legale. Secondo lui, il possesso non sarebbe altro che l'atto con cui l'uomo si oppone a chi si faccia giustizia da se medesimo (p. 46): nel qual punto egli si accosta all'avviso di Rudorff. Accanto a tale dichiarazione egli dà luogo alla spiegazione ultimamente da Thibaut da la della *civilis possessio* (p. 56): ma frammischia alla costui sentenza errori si gra-

---

(1) L. 15, §. 1; L. 20, §. 1; L. 46, §. 3, *de furt.*

(2) L. 66, pr. *ib.*

(3) Cioè, il fondo sottoposto ad enfiteusi, detto ancora *ager emphyteuticarius*. E questo nome di vettigale dimostra la origine del contratto enfiteutico, non prima dell'Imperator Zenone ordinato e distinto: sopra il qual punto possono i curiosi di antichità consultare Burmanno *De' vettigali del popolo romano*, ed Ennecio *Antichità*, lib. 3. tit. 22. §§. 9-13. (*Trad.*)

(4) La superficie (*superficies* o anche *superficium*) è in dritto romano tutto ciò ch'è superficiale ad un fondo o ad uno edifizio, e che o per arte o da natura stavi talmente unito che ne faccia parte. Il proprietario poteva concedere ad un altro un diritto di superficie (*jus superficiarium*), cioè quasi tutte le sue proprie ragioni sulla superficie del fondo. Credo, siffatto dritto superficiario servisse appo i romani a supplire alla enfiteusi, somigliantissima ad esso, ma molto più tardi introdotta. (*Trad.*)

(5) L. 11, §. 1, *de pubbliciana*; — L. 12, §. 2, 3, *eod.* « In vectigalibus *et in aliis prædiis quæ* « *usucapi non possunt*, publiciana competit, si for« te bona fide mihi tradita sunt ». La legge per *alia prædia* intende appunto gli immobili provinciali: *V.* Cuiacio, *Obs.* VII, 3, e sopra Paolo *Ad Edictum*, lib. 19. È anzi verosimile che questo passo sia alterato, e che Paolo abbia detto: « In « vectigalibus, stipendiariis et tributariis prædiis ».

vi, da non potere esser punto giustificati dalla detta spiegazione. Così, egli ammette che in fatto di delezione (1) bisogna prima applicar l'interdetto *de vi*, poi altresì quello *uti possidetis*, il che pel possessore attuale torna al medesimo (p. 36). Oltracciò pretende che gli interdetti debbano essere *in rem scripta*, al modo medesimo dell'azione *quod metus causa* (p. 50-52); e che il deietto debba ancora restar possessore per un anno, finattantochè la prescrizione abbiagli fatto perdere l'interdetto *de vi* (p. 49). Nel qual ultimo punto l'autore porta l'errore al suo colmo, confondendo col dritto romano la pratica dei francese.

Da ultimo, Huschke ritrae la materia del possesso a' più antichi elementi costitutivi della nazione romana. I Romani o Ramni (2), die' egli, rappresentano il corpo: ecco perchè noi troviamo, appresso d'essi, il fatto, il possesso, e la sua protezione commessa al maestrato, cioè l'interdetto. I Quiriti o Taziensi (3) rappresentano lo spirito: perciò appo essi è il dritto, la proprietà, e la sua difesa per mezzo dell'azione e del giudizio. In processo di tempo, il possesso si accostò alla proprietà, senza però mai con essa confondersi (p. 105). Più tardi, i patrizi presero il luogo de' Ramni, i plebei quello de' Taziensi, e l'antica opposizione continuò tra questi due stati (4). — Lasciando stare quanto in tutto ciò v' ha di soperchio, e volendo anche in tutto veder quel fondamento e quella chiarezza che vi si desiderano, certamente rispetto alla questione da noi trattata nulla proverebbe il ricordare che ne' più remoti tempi il possesso fosse distinto dalla proprietà. Noi troviamo cotal distinzione compiutamente in essere a tempo de' giureconsulti classici e nella legislazione di Giustiniano; nè possiamo trovarne la spiegazione altrove che in un pratico bisogno, in un interesse attuale. Certo, non si sarebbero mantenuti gli interdetti possessorii in commemorazione degli antichi Ramni, se il dritto di proprietà fosse bastato allo scopo propostosi dalla pratica del dritto; stantechè di quel tempo nessuno pensava più a' Romani nè a' Taziensi, e gli stessi patrizi e plebei non erano più che raramente ricordati, a proposito di talune istituzioni del vecchio dritto. Perlochè non avremmo qui toccato dell'opera di Huschke, s'egli stesso non l'avesse destinata « a rischiarare alquanto le confusioni in cui la giurisprudenza è caduta, particolarmente in quanto a definire se il possesso sia o no un diritto, qual sia il fondamento degli interdetti, ec. » (p. 109). Se dunque abbiamo di essa ragionato in luogo non suo, e chiestole la pruova di un punto a lei straniero, l'autore deve incolparne se stesso: ciò non toglie che il resto dell'opera possa essere eccellente.

§. 1. *Possesso civile e naturale.*

Abbiamo finora dedotto la definizion giuridica del possesso dal sistema del dritto romano in generale: ora esamineremo a fondo il linguaggio adoperato da' romani giureconsulti. La parte più difficile e più importante di tal disamina concernendo la parola *possessio* in generale e le due specificazioni *possessio civilis* e *possessio naturalis*, cominceremo dal determinare il significato di questi tre termini (5).

(1) Cioè, scacciamento del possessore (*dejectio*); di che si ragiona particolarmente nel decorso dell'opera. *Delezione* e *deietto* son voci usate già nei primi tempi di nostra lingua in sentimento di *abiezione* ed *abbietto*, ma poi dismesse: io le ripiglio per necessità, ma col proprio loro significato. (*Trad.*)

(2) Dicono gli scrittori di antichità romane che le tre parti, in cui Romolo avea divisi i primi abitatori di Roma, perciò dette tribù, solamente dopo la pace e fratellanza fermata co' Sabini presero ciascuna un proprio nome; e che la prima fu detta de' *Ramnenses*, secondo alcuni, e secondo altri de' *Ramnes*, nella quale furono ordinati insieme tutti i primitivi romani, e poi da Tullo Ostilio vi furono aggregati eziandio gli Albani. Vogliono che tal nome venisse da *Romolo*; ma per esser troppo disforme, pare assai più da seguitar Varrone, il quale afferma quel vocabolo esser di origine toscana, o ch'essendosene perduto il significato, rara fatica si prende a volerlo spiegare. (*Trad.*)

(3) Così detti da *Tazio*, principe de' Sabini al tempo che si riunirono co' romani. I Taziensi, tutti Sabini, facevano la seconda tribù romana. La terza era di ogni altra sorte forestieri tuttodì sopravvegnenti. (*Trad.*)

(4) Sbroglia, lettore, se puoi. Come mai gli antichi *Romnes*, i patrizi di più tardi, rappresentavano il corpo, ed i Taziensi, i plebei di poi, rappresentavano lo spirito, godevano il dritto ottimo, la proprietà assoluta, in una comunità i cui principii furono, per confessione della stessa storia volgare, affatto aristocratici? Certamente insino ad ora si è tenuto il contrario. Oltracciò, quella medesima distinzione di corpo e di spirito applicata ad una civil comunanza, sebbene troppo metafisica, può al più ammettersi come similitudine; ma il trarre da questa argomento, tanto da stabilire il proprio rapporto del fatto e del dritto, mi sembra abuso manifesto di logica. (*Trad.*)

(5) Si è preteso, non ha guari, che il problema di definire esattamente ciò che sia da intendere per possesso sotto i differenti rapporti, fosse d'impossibile risoluzione; quandochè tali nozioni e diverse significazioni, avendo avuto origine nella vita ordinaria e non essendo divenute l'obbiet-

Per dare una direzione più certa alle pruove che la interpetrazione dee fornire, proporremo un ristretto de' resultati che tali pruove debbono avere.

La significazion primitiva del vocabolo *possessio* è lo stato di semplice detenzione, epperò uno stato non giuridico, *naturale*: a designare il quale, basta il solo termine senz' altra giunta, semprechè non concorra diversa idea, la quale abbisogni di particolar designazione. Ma la detta detenzione potendo sotto talune condizioni, prender qualità di un rapporto giuridico, in quanto che per via della usucapione conduce alla proprietà, essa riceve allora il nome di possesso civile; ed ogni altra detenzione, a distinguersi da questa mediante uno speciale suo termine, prende il nome di possesso naturale, vale a dir qualunque possesso non sia, come il civile, diventato un rapporto giuridico. — La detenzione ha col dritto anche quest' altra attenenza, ch' essa dà facoltà di ricorrere agli interdetti: pel qual rispetto la si chiama semplicemente *possessio* (possesso propriamente detto), e tale è il significato di questa parola tecnicamente usata senz' altra aggiunzione. Ogni altra detenziono, opposta al possesso idoneo agli interdetti, prende ancora il nome di possesso naturale, per denotare in quanto agli interdetti la stessissima antitesi del rapporto naturale e del giuridico, che noi abbiamo già dimostrata in quanto alla usucapione.

Da quanto abbiam detto si vede che due specie di possesso giuridico vi sono, il *possesso civile* ossia proprio alla usucapione, ed il *possesso propriamente detto* ossia idoneo agli interdetti (1); e che quanto è discorso più sopra (§. 5) delle modificazioni giuridiche le quali possono occorrere nella nozion del possesso, concerne alcuna delle due spezie, o pure tutt' e due ad un tratto. Il rapporto ch' esse hanno tra loro è tale, che il possesso buono agli interdetti è del tutto compreso in quello conducente alla usurapione, il qual è regolarmente sottoposto ad alcune condizioni di più. Laonde, colui che possiede *ad usucapionem*, possiede sempre col dritto altresì agli interdetti (2), ma il possesso da interdetti non basta per fondamento della usucapione.

Il termine *naturalis possessio* ha, come sopra è detto, due significati; ma tutti e due son negativi, nè altro esprimono che una antitesi logica.

Queste sono le proposizioni ch' io mi accingo a provare (3).

1. *Possesso civile*, per opposto a naturale.

La parola *civilis*, in generale, ha principalmente due significati tecnici. Primieramente essa denota tutto ciò ch'è di ragion civile, per opposto a ciò che dicesi criminale: ma questo significato non entra punto nel nostro proposito, il qual si tiene dentro i confini del giure civile. In secondo luogo, nella stessa civil ragione dicesi particolarmente civile tutto ciò che non deriva nè dal dritto delle genti nè dal dritto pretorio, ma da una legge, da un senatoconsulto, o dalla consuetudine. Questo secondo significato si trova eziandio molto variamente (4), ma i romani giureconsulti per lo più lo usano nel general modo da noi divisato. Così, per ricordar solamente qualche esempio, *l'agnazione* sola è

---

to delle investigazioni de' giureconsulti se non belle e formate, sono entrate nella legislazione con tutta la incertezza inseparabile da cosiffatta origine, e che le difficoltà sarebbono in questo caso le stesse che rispetto a' termini *culpa lata* e *levis*, ecc. Zachariæ, *Possesso*, p. 7. 37. — Tale osservazione è senza alcun fondamento. Le espressioni *culpa lata* e *levis* disegnano in origine idee puramente morali, epperò concepite al di fuori della scienza del dritto. Altramente è delle parole *possessia civilis* e *naturalis*; il cui significato essendo giuridico fin dalla origine, nè alcuna idea non giuridica ritrovandosi nella loro nozione, seguita che siffatti termini non possono provenir dal vivere ordinario, nè da questo tenere un senso determinato.

(1) La L. 16, D. *de usurp.* dice, parlando del primo: « *ad usucapionem* tantum possidet. » Ep. L. 1, §. 15, D. *de poss.* — Quant' è al secondo, la L. 9, D. *de R. V.* dice: « possessionem *quæ locum habet interdicto* uti possidetis *vel* utrubi. »

(2) Pare che questa regola abbia una eccezione nel contratto di pegno, rispetto al debitore che acquista per usucapione, ma non ha dritto agli interdetti. Ma la costui usucapione non ha già per fondamento il possesso civile: egli è soltanto considerato come investito di siffatto possesso per una finzione affatto speciale, che lo dispensa di quella regola: « *Sine possessione usucapio contingere non potest.* » *V.* appresso, §. 24.

(3) Ecco de' passi, ne' quali occorrono alla prima le seguenti espressioni principali.

Naturalis possessio, L. 1, §. 1; L. 3, §. 3, 13, D. *de poss.* — L. 2, §. 2, D. *pro her.* — L. 1, §. 9, D. *de vi.*

Possessio naturalis, L. 38, §. 10, D. *de usur.* — L. 38, §. 7, D. *de verb. obl.*

Possessio non solum civilis sed etiam naturalis. L. 2, §. 1, D. *pro her.*

Possessio quæ est naturalis. L. 11, D. *de am. rer dom.*

(4) Per esempio, nella L. 2, §. 5, 12, D. *de orig. jur.*

chiamata *civilis cognatio* (1), contuttochè ogni altra cognazione abbia effetti importanti così nel dritto delle genti che nel pretorio, e costituisca senza dubbio un rapporto giuridico: ed il simigliante è di « *civilis actio, civilis obligatio, etc.* » Applicando tal significato della parola *civilis* al possesso civile, bisognerà intender per tale un possesso riconosciuto dal dritto civile, cioè a dire tal possesso, dalla esistenza del quale dipende se una regola del civil dritto si debba o no applicare. Ma in tutta la ragion civile non havvi che un solo dritto, la cui applicazione presupponga il possesso; e questo dritto è la usucapione. Dunque *civiliter possidere* è sinonimo di *ad usucapionem possidere* (2).

Noi non abbiam bisogno di provare che la usucapione appartenga al dritto civile: ma gli interdetti non vi appartengono punto, perciocchè furono introdotti dall' Editto. Per non lasciar qui luogo alcuno a dubitare, indicheremo due passi di antichi scrittori, i quali indurrebbero forse ad attribuir gli interdetti al dritto civile. Il primo è di Cicerone (3), il quale per dimostrare che quei medesimo, a cui sia impedito con la forza di entrar nel suo fondo, può come *dejectus* intentare l'interdetto *unde vi*, si serve del seguente esempio: « Quæro si te hodie « domum tuam redeuntem coacti homines et « armati, non modo limine tectoque ædium « tuarum, sed primo aditu vestibuloque pro- « hibuerint, quid acturus sis? Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem di- « cas quod ipse antea dixit, injuriarum. « Quid? ad causam possessionis? Quid? ad « restituendum eum, quem oportet restitui? « *Quid denique? ad jus civile?* aut ad (acto- « ris) notionem et animadversionem ages in- « juriarum? » Con tutte le difficoltà di questo passo (4), egli è chiaro che Cicerone vuol dire, che la riparazion di una ingiuria non avendo niente che fare con la restituzion del possesso, non ha che fare col dritto civile: ondechè pare che nel dritto civile egli ponga l'interdetto. Come però la specie d'ingiuria, di cui qui si tratta, era dopo la legge Cornelia divenuta un *crimen publicum* (5), è manifesto che Cicerone qui oppone il dritto civile al criminale, pel qual rispetto non v'ha dubbio alcuno che tutto l'Editto non appartenga al dritto civile: ma noi non troviamo in questo passo alcuna pruova relativa all'altro significato di *jus civile*, dallo stesso Cicerone poco innanzi adoperato (6). — Il secondo de' sopradetti passi è di Petronio (7): « *Jure civili* dimicandum, ut si « nollet alienam rem domino reddere, *ad in-* « *terdictum veniret* (8). » Alcuni interpetri (9) hanno spiegato le parole « *ad interdictum venire* » come designanti la giurisdizion del pretore in generale, di guisa ch'esse potrebbero eziandio riferirsi alla vendicazione: ma trovare un passo che ciò provasse, sarebbe difficile. Il meglio è negare a Petronio qualunque autorità, poichè si tratta dell'uso di un termine giuridico, il cui valore è così ben determinato da autori innanzi e dopo di lui.

Pertanto, il possesso non può dirsi civile in quanto agli interdetti; nè meno in quanto agli altri suoi effetti, sendochè questi non si debbono punto considerare come conseguenze di un possesso giuridico (§. 3). Quanto al possesso civile, aggiungesi ancora la special ragione che i più de' suoi effetti non appartengono al dritto civile. Così la tradizione non entra nel dritto civile, se non quando si tratti di cosa *nec mancipi* (10); l'occupazione e l'azion publiciana, la quale anche nasceva dalla tradizione di una cosa *nec mancipi*, non appartengono mai al dritto civile; nè parimente la percezion de' frutti, dacch'ella supponeva il possesso di buona

(1) L. 4, §. 2, D. *de gradibus*.

(2) Non v'ha incongruenza alcuna nel pretendere che il possesso civile è parimente una condizione della prescrizione di lungo tempo (§. 2), sebbene quest'ultima non appartega al dritto civile. Infatti, ciò non era altro che un trasporto del civil possesso proprio della usucapione ad una instituzione affatto conforme, introdotta appunto in supplemento della usucapione, di cui tacitamente si appropriava tutte le condizioni compatibili con lo scopo speciale del possesso *longi temporis*: perlochè sarebbe stato inutile crear nuovi termini.

(3) *Pro Cæcina*, c. 12.

(4) Levando via, come propone Garatoni, la parola *actoris*, e tenendo la punteggiatura da noi usata, la difficoltà sparisce del tutto. Heise propone di leggere *auctoris*, cioè: *per punirne l'autore*.

(5) « Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui « injuriarum agere volet ob eam rem, quod se « pulsatum, verberatumve, *domumve suam vi in-* « *troitam* esse dicat. » L. 5, pr. D. *De injur.* A questo testo appunto si riferiscono le parole di Cicerone, *notio* e *animadversio*.

(6) Pro Cæcina, c. 12 « . . . . quod agas mecum ex *jure civili ac prætorio* non habes, » cioè tu non hai nè vendicazione nè interdetto.

(7) *Satyr.* c. 13, p. 48, ed. Heerman, 1709.

(8) *V.* circa questo passo, il §. 39.

(9) Per es. Turnebus, *Adversor.* lib. 19, c. 6.

(10) Ulpiano, *Fragm.* tit. 19, §. 7.

fede della cosa principale. La esenzion dalla pruova, ch'è un dritto di ogni reo convenuto, non fu certamente da nessun giureconsulto romano collocata nel giure civile, como non fu la incolpata difesa (1).

Quanto finora abbiam provato circa il significato generale del vocabolo *civilis*, è confermato da alcuni luoghi degli antichi giureconsulti: a spiegare i quali, bisogna innanzi tratto fare una generale avvertenza. Supponendo che il *possesso civile* prenda suo nome dal *dritto civile*, la espressione *civiliter non possidere*, o pure *jure civili non possidere*, può avere doppio significato, secondochè la qualificazione di civile si riferisca allo effetto ovvero alla causa del non possedere. Infatti, può essa voler dire che l'uomo non abbia il possesso dalla civil ragione riconosciuto per tale, ed in tal senso è negazion diretta del possesso civile, e può fare alle nostre ricerche. Può anche significare che, per una ragione contenuta nel dritto civile, altri non abbia possesso di sorta alcuna; ma di tal significato non ci curiamo per ora, perciocchè non si riferisce per nulla al possesso civile. Il più delle volte si può sicuramente decidere qual delle due significazioni si convenga a ciascun caso: così per esempio, si dee preferir la prima, quando in un modo qualunque sia provata la esistenza di un possesso in generale; è poi probabile che debba prevaler la seconda, allorchè possa provarsi il contrario (2).

Cinque casi troviamo, ne'quali occorrono le espressioni, *possessio civilis*, *civiliter possidere* e *non possidere*. Due d'essi forniscono pruove precise della nostra sentenza: per gli altri, non potendosene conchiuder di certo nè pro nè contro, basterà dimostrare come si possono benissimo spiegar secondo le nostre ipotesi, e che perciò non sono ad esse contrari.

A. Quando una cosa è stata data pegno, il creditor che la riceve non ha la qualità di possessore civile (3).

« Sciendum est, adversus possessorem hac
« actione (ad exhibendum) agendum; non
« solum eum qui civiliter, sed et eum qui
« naturaliter incumbat possessioni. *Denique*
« *creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhi-*
« *bendum teneri placet.* »

Il sentimento naturale che nasce dal legame logico di questo luogo è il seguente: L'azione *ad exhibendum*, dice il giureconsulto, non è *unicamente* diretta contro il possessore civile: la quale asserzione egli prova con l'esempiò del creditore, e per esprimere il passaggio dalla regola all'applicazione, adopera il vocabolo *denique*, che in molti luoghi del Digesto noi troviamo usato nel sentimento medesimo di *esempligrazia* (4). Ne' due frammenti susseguenti (5), il secondo de'quali deve aver avuto una connessità con questo nostro nell'opera di Ulpiano, si veggono aggiunti diversi altri esempli; di guisa che tutti e tre questi frammenti formano un sol corpo. Tal congiunzione è tanto naturale e necessaria, che senza le traveggole di una falsa idea del possesso civile, sarebbe stato impossibile non vederla. La glosa pone alla parola *creditor* questa postil-

---

(1) L. 3, D. *de just. et jure*.

(2) Questa importante distinzione ed il suo applicarla alla interpetrazione, onde la mia spiegazione del possesso civile raccoglie una piena certezza, si trovano nell'appendice da Thibaut aggiunta all'edizione di Cupero, ed erano già prima state pubblicate nel suo giudizio del mio libro nel *Giorn. Univ. di Letteratura*, 1804, n. 41. Più tardi, Thibaut ha sentenziato intorno a ciò come segue: « Così considerata, la teoria dall'autor creata circa il possesso civile ci sembra irrepugnabile. » *Supplem. al detto Giorn.* 1806, t. 2, p. 530. Un critico di Thibaut giudiziosamente avverte che la Glosa sopra la L. 24, D. *de poss.* contiene già uno sbozzo di questa distinzione, benchè senza pruova nè applicazione: « Dic ergo civiliter, i. e. de jure civili non possidere, neque civiliter, neque naturaliter. » Ultimamente poi Thibaut ha rigettato questo doppio significato, fino a trattarlo come assurdo (Archiv. XVIII, 328, senza pur meotovare i suoi passati argomenti. (Agg. alla 6ª ediz.)

(3) L. 3, §. 15, D. *ad exhib.*

(4) « In omni fere jure, finita patris potesta-
« te, nullum ex pristino retinetur vestigium: *de-*
« *nique* et patria dignitas quæsita per adoptionem,
« finita ea, deponitur. » L. 3, D. *de adopt.*

« In quæstionibus lesæ majestatis etiam mulie-
« res audiuntur: conjurationem *denique* Sergii
« Catilinæ Julia mulier detexit, et M. Tullium
« Consulem indicium ejus instruxit ». L. 8, D.
« *Ad L. Jul. majest.*

« Nemo enim in persequendo deteriorem cau-
« sam, sed meliorem facit. *Denique* post litem
« contestatam heredi quoque prospicitur, et he-
« res tenetur ex omnibus causis ». L. 87, D. *de re jud.*

Tale significato della parola *denique* può anche ridursi ad un altro più noto, equivalendo spesso a *sane* ovvero *certe*. Cesare, *De bell. gall.* lib. 2, c. 33; Seneca, *De ira*, lib. 3, c. 18. — Thon, a pag. 116, cita gran numero di luoghi simiglianti. — In contrario, vedi Thibaut, *Archiv.* XVIII, 338.

(5) L. 4, 5, D. *ad exib.*

la: « *hic civiliter possidet*: » la quale potendo essere interpetrata per una obbiezione al testo, non si dee di necessità tenere che essa lo abbia franteso. Frider (1) trascorre fino a voler provare col citato passo, che il creditore sia un possessore civile. Cupero (2) distrugge ogni legame esistente tra' nostri frammenti, con sostenere arbitrariamente che quel *denique* sia cominciamento di costrutto affatto nuovo e disgiunto dal precedente; nè considerando che il giureconsulto in tal caso farebbe una inutile ripetizione, stantechè il possesso civile ed il naturale, pe' quali egli ha già data la sua regola, comprendevano tutti i casi possibili. Questo comentatore non sarebbe certamente ricorso ad una interpetrazione tanto ingiuriosa alla logica de' giureconsulti romani, se avesse potuto salvare altrimente il suo concetto del civile possesso, che per quel testo è distrutto.

È dunque fermo che il creditore non ha possesso alcuno civile nel pegno, ed a noi non resta da fare altro, che determinare i dritti del costui possesso, per trovare il senso da' romani giureconsulti attribuito all'aggiunto *civilis*. Il seguente passo parla di tali dritti con la maggior precisione (3): « Qui « pignore dedit, ad usucapionem tantum pos« sidet; quod ad reliquas omnes causas per« tinet, qui accepit, possidet ». Sicchè, possedendo il creditore per tutti i rispetti giuridici, meno che per la usucapione, si ha per conseguenza che il possesso civile, il quale ad esso è negato, non può significare altro che possesso idoneo alla usucapione (4).

B. Il secondo caso, in cui sia fatta menzione del possesso civile, risguarda alla donazione vietata tra coniugi; della quale è ordinato che non debba produrre il possesso civile:

L. 26, pr. D *de don. inter vir. et u.r.* « ... licet illa (uxor) *jure civili possidere non intelligatur* (5).

L. 1, §. 4, D. *de poss.* « Si vir uxori ce« dat possessionem donationis causa, plerique « putant (e questo avviso qui, come gene« ralmente si usa, è tacitamente approvato, « perocchè Paolo vi aggiunge ancora di pro« prio un nuovo argomento) possidere eam: « *quoniam res facti infirmari jure civili non* « *potest...* » — Onde si raccoglie che il dritto civile non riconosce siffatto possesso.

L. 1, §. 9, 10. D. *de vi.* « Dejicitur is, « qui possidet, sive civiliter sive naturali« ter possideat: nam et naturalis possessio « ad hoc interdictum (*de vi*) pertinet. *De*« *nique* (6) *et si maritus uxori donarit, ea*« *que dejecta sit; poterit interdicto uti; non* « *tamen si colonus* (7). »

Sicchè, in questi tre luoghi, è negato il possesso civile: ma qual relazione legale si vuol dunque in essi designare? Il secondo testo dice espressamente, e così pure al-

---

(1) *De materia possessionis*, c. 4, §. 13.

(2) *De natura possessionis*, P. 1, c. 3, p. 35.

(3) L. 16, D. *de usurp.*

(4) Conf. sul passo qui spiegato Thon, p. 115, e Thibaut, p. 337. (Agg. alla 6ª ediz.)

(5) Già qui si scorge il doppio senso del *jure civili non possidere*, onde abbiam detto più sopra: ma poichè in questo caso, siccome proveremo tra poco, non si può punto dubitare della esistenza di un possesso giuridico, tale espressione non può qui denotare altro che la negazione del possesso civile. — Thibaut, *Trattati*, p. 343, interpetra questo luogo così: « quando bene si volesse, con altri giureconsulti, ammettere che la moglie non possegga: » conciossiachè Paolo stesso non avrebbe voluto sostener tale avviso. Due falsi supposti lo hanno indotto a sì sforzata interpetrazione: uno è, che per lui *jure civili non possidere* significa *del tutto non possedere*; l'altro è il credere che i giureconsulti romani fossero stati discordi in quanto al possesso risultante da donazione tra coniugi. Egli conchiude ciò dalle parole: *Julianus putat e plerique putant*: ma tali espressioni sono spessissimo usate nei più indubitati principj. Quant'è all'argomento addotto nella L. 1, §. 4, *de poss.* non vi si dee di necessità vedere la confutazione di veri avversari. — Conf. altresì Thon, p. 124, e Thibaut, *Archiv.* XVIII, 319. (Agg. alla 6ª ediz.)

(6) La connessione e fino le parole son qui del tutto le medesime che nella L. 3. §. 15, D. *ad exhib.* L'un luogo interpetra l'altro, e noi ci rimettiamo interamente a quanto più sopra ragionammo del secondo.

(7) Thibaut. *Trattati*, p. 339, propone la seguente nuova spiegazione del testo: « Allora che il marito fa una donazione a sua moglie, e che costei ne sia espulsa, *il marito* può valersi dell'interdetto. » Ma la costruzione più semplice e naturale fa riferire *poterit* ad *eaque*, ch'è il subbietto più prossimo, non a *maritus*, ch'è il più lontano. Egli dunque preferisce una costruzione sforzata, per raccorne sol questo frutto, che in vece di una sentenza giuridica e semplice, dee molto travagliarsi per cavarne una imbrogliatissima. Stando alla nostra interpetrazione, la fine del testo non ha bisogno di altro compimento, che di questo semplicissimo: « Non tamen si colonus deje« ctus erit, poterit (colonus) interdicto uti; » volendosi ivi far notare la differenza ch'è, circa il possesso, dalle ragioni della sposa donataria a quelle del colono.

tri due frammenti (1), che la detta donazione produce un possesso giuridico: il terzo va fino ad additare un effetto di tale possesso, cioè una interdetto. La usucapione però non può nascere da siffatto possesso: « Si inter virum et uxorem donatio facta « sit, cessat usucapio (2); » dunque anche qui pel negato possesso civile non può intendersi altro che il possesso conducente alla usucapione.

C. La regola, *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, deve applicarsi non solo al possesso civile, ma eziandio al naturale (3) Questa stessa regola, incomprensibile fino ad ora, è stata soltanto rischiarata da Gaio (4), sebbene non pochi errori abbiano ancora avuto luogo dopo la pubblicazione degli scritti di costui. Primieramente, poteva a questa regola attribuirsi il significato che nessuno potesse mutar la causa del suo possesso, eziandio in concorso di un'altra persona. Ma certa cosa è, ch'essa non ha tale significato, perciocchè quando il possessor di mala fede compra la cosa da colui che è o ch'egli crede che sia il proprietario, questo mutamento di causa (*causæ mutatio*) è del tutto valido ed efficace (5). Per converso, quando il fittaiuolo respinge il locatore, egli ha realmente mutato la *conductionis causa* nella *dejectionis causa*, ed ha acquistato con ciò il vero possesso (6): sicchè la detta regola nè meno a tal mutamento si oppone; ed una violenza effettiva non era qui necessaria, per essere il locatore bastantemente garentito dall'interdetto *de vi*, e perchè la *dejectio* non può mai fare strada alla usucapione. Quindi siffatta regola è generalmente applicabile soltanto in que' casi poco frequenti, quando un mutamento arbitrariamente apportato dall'una delle parti in una causa legittima ed efficace, sarebbe veramente possibile, ma la cui influenza rispetti alla usucapione sarebbe resistita da questa stessa regola di dritto positivo. Di tali casi era quello dell'erede, fintantoch'egli non avesse pigliato possesso di taluna cosa compresa nella successione; durante il qual tempo, ciascuno aveva il dritto di prendersela, possederla e prescriverla a titolo *pro herede*. La quale usucapione non richiedeva nè buona fede nè giusto titolo, ed era par singolare in ciò, che anche rispetto agli stabili si compiva col decorso di un anno. Questa dunque era veramente una causa delle sopra divisate, avvegnachè quantunque fondata in volontà unica ed anco ingiusta, era nondimeno una giusta causa di usucapione; il che veniva a differenziarla essenzialmente dalla espulsione intrapresa del locatore. Gaio

---

(1) L. 1, §. 2, D. *pro don.* « *Possidere* autem « uxorem rem a viro donatam, Julianus pu« tat. » — L. 16, D. *de poss.* « Quod uxor viro, « aut vir uxori donavit, pro possessore *posside« tur.* » Per quanto chiaro sia il principio espresso in questi testi, spesso è pure stato negato, per salvar questa o quella idea da ciascuno fattasi del possesso civile. Cupero (*De nat. poss.* P. 2, c. 11) crede che Paolo contraddica a se stesso (nelle L. 1, §. 4, *de poss.* L. 26, pr. *de don. inter vir. et uxor.*) Fleck (*De poss.* p. 45, 118) osa ancor più, pretendendo che ivi sia *da per tutto* impugnato qualunque possesso. Il solo testo che altri potrebbe opporre alla nostra asserzione, senza presupporre un arbitrario concetto del possesso civile, è la L. 46, *de don. int. vir.* « Inter « virum et uxorem nec possessionis ulla donatio « est. » Ma qui non si nega il possesso, sibbene la donazione: la legge vuol solamente che la moglie non possegga *pro donato*, allo stesso modo che la L. 16, quando dice: « Quod uxor viro, aut « vir uxori donavit, *pro possessore possidetur*; » il qual luogo è tratto dalla stessa opera di Ulpiano, che la cit. L. 46. Questo principio adunque non può nulla determinare intorno alla esistenza del possesso, quando ch'esso medesimo risguarda alla sola *successione* giuridica (nella donazione), e che la esistenza del possesso è indipendente da ogni successione. (*V.* sopra §. 5). — La sostanza della presente interpetrazione è antica: *V.* Duareno, sulla L. 1, §. 4, *de poss.* Valentia, *Tract. ill.* L. 1, tr. 2, c. 7. — Cupero stesso ha molto contribuito a migliorarla, come mostreremo più particolarmente quando tratteremo dell'interdetto *utrubi* (§. 39). — Se la rubrica del nostro testo non sostenesse tanto apertamente la nostra interpetrazione (*V.* appresso, §. 39), la obbiezione a noi fatta potrebbe ancora esser ribattuta in altro modo più semplice e pieno. Il possesso, la cui donazione pel nostro frammento è nulla, potrebbe essere di un fondo provinciale; nella qual materia molti altri testi ammettono una donazion del possesso. L. 13, 14, C. *de don. int. vir.* Allora il senso del testo sarebbe, che non pure il *dominium* non si trasmette a tal modo, ma nè anco la proprietà naturale di un fondo di provincia.

(2) L. 1, §. 2, D. *pro donato.*

(3) Ciò che segue, fu del tutto riformato nella 6ª edizione. — Tra gli autori, sono da consultare intorno a questa regola di dritto: Merenda, XII, 28: — Unterholzner, *Della prescriz.* p. 100; — Thon, p. 99. — Pare che Thibaut, p. 333, non abbia avuto una idea chiara di tutta questa regola.

(4) Gaio, lib. 2, §. 52-61.

(5) L. 33, §. 1, *de usurp.*

(6) L. 12, L. 18, pr. *de vi.*

allega, come ragione di tal possesso ed usucapione, tanto poco conformi alla probità (*tam improba possessio et usucapio*), l'intendimento di astringer l'erede a prender più presto il possesso, la qual cosa era molto da desiderare, tanto per rispetto delle divozioni di famiglia (1), quanto per conto de' creditori. Soggiunge che l'imperatore Adriano modificò tal dritto, permettendo all'erede di aver quella usucapione, ancorchè compiuta, come nulla, eccetto però l'erede necessario, che solo doveva tuttavia tenerla per valida. A questo singolare instituto risguardava appunto l'antica massima, della quale si ragiona: ed ecco il come. Se taluno usucapiva *pro emptore*, o pure aveva il natural possesso siccome depositario, la testè descritta usucapione *pro herede* poteva, quando il proprietario si morisse, recar vantaggio grandissimo al possessore; perciocchè quindi innanzi, a compiere la usucapione, il comprator di uno stabile avea bisogno di un solo anno, non più di due che gli sarebbero bisognati come compratore, ed il depositario, che in tal qualità non poteva giammai acquistar la proprietà con la usucapione, diventava abile ad acquistarla in tal modo. Ora, a tali possessori si opponeva la nostra regola: avendo essi già cominciato a possedere in una certa qualità, non dovevano più avere il dritto di mutare arbitrariamente ed a malizia la propria loro specie di possesso in quella *pro herede*. L'espressioni usate da Caio per la usucapione *pro herede*, e da altri giureconsulti per la regola qui discorsa, pruovano chiaramente che tale appunto era il senso di essa regola. Perciocchè, quanto alla usucapione *pro herede*, Caio dice: « Hæc autem speciem pos« sessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vo« catur,. nam sciens quisque rem alienam « *lucrifacit*. » Quant'è alla nostra regola di dritto, poniamo qui i due luoghi più espliciti (2), ambi di Giustiniano, epperò più antichi forse della citata disposizione di Adriano.

L. 33, §. 1, D. *de usurp.* « Quod vulgo « respondetur, ipsum sibi causam possessionis « mutare non posse, totiens verum est, quo« tiens quis *sciret se bona fide non possidere*, « et *lucrifaciendi* causa inciperet possidere. »

L. 2, §. 1, D. *pro herede.* « Quod vulgo « respondetur, causam possessionis neminem « sibi mutare posse, sic accipiendum est, « ut possessio non solum civilis sed etiam « naturalis intelligatur. Et propterea respon« sum est, neque colonum, neque eum apud « quem res deposita est, aut cui commodata « est, *lucrifaciendi causa pro herede usucape*« *re posse.* »

Vediamo già chiaramente in che senso Giustiniano parli, nel secondo frammento, del possesso civile e naturale. Vuol egli dire che non solo colui, che fino allora usucapiva (*possessio civilis*), è da questa regola di dritto impedito di tramutar la cominciata usucapione in quella più vantaggiosa *pro herede*, ma quel medesimo che non era idoneo ad usucapire (*possessio naturalis*), deve dalla stessa regola essere impedito di farsi strada, mediante un simile mutamento, alla usucapione a lui negata del tutto (3). La quale interpetrazione fa chiaro, come questo passo esattamente si riscontri con la terminologia da noi sostenuta. Sebbene sia vero che quella regola ha in gran parte perduto il suo vero valore dopo Adriano, e del tutto poi nel dritto di Giustiniano: tantochè nel Digesto non si trova più luogo alcuno, il quale ne ammetta l'applicazione.

In secondo luogo, la detta regola poteva parimente essere applicata nel caso della *usureceptio* (4); la quale si fondava anch'essa

(1) Che i romani dicevano *Sacra privata*, cioè il culto degli Dei Penati propri di ciascuna famiglia, il quale religiosamente tramandavasi a' discendenti. *Sacra privata perpetuo manento*, aveano ordinato le XII Tavole; ed i Romani faceano ogni opera per non lasciarli venir meno, e perciò principalmente, in mancanza di legittimi figliuoli, adottavano degli estranei, i quali allora *in sacra et gentem transibant*. (*Trad.*)

(2) Si possono con questi due luoghi comparare i seguenti, il cui senso non è tanto determinato: L. 3, §. 19, 20; L. 19, §. 1, D. *de poss.* — L. 2, §. 21, D. *pro empt.* — L. 1, §. 1, D. *pro don.* — L. 6, §. 3, D. *de prec.*

(3) Manifesta cosa è dunque, che il giureconsulto suppone la regola esser più facilmente e generalmente ammessa rispetto al possesso civile, che non rispetto al naturale. Thibaut, p. 335, crede questo necessario vincolo essere inconciliabile con la spiegazione per noi data del possesso civile. Ma certo, non v'era niente sì naturale come il restrignere la causa del possesso, di cui questa regola parla, alla giusta causa della usucapione. Tal è pur la mente del giureconsulto dove fa notare che la regola si applica non pure alla causa di vendita o di donazione, ma eziandio a quelle di locazione e di deposito, cioè a dire a tali cause che, in fatto di usucapione, non son tenute per tali.

(4) La spiegazione della *usureceptio* ci è data da Gaio, *Inst.* II, 59-61: « Qui rem alicui fidu-

in una sola volontà, e quindi mancava di titolo, benchè non debba esser tenuta sempre per ingiusta. Ma propriamente la regola era destinata ad impedir la usucapione nel caso che fosse manifestamente ingiusta, e segnatamente quando il debitor fiduciario (1) avea tolta in fitto dal creditore la cosa impegnata (2).

D. Due luoghi pongono come regola, che gli schiavi *civiliter non possident*.

L. 24, D. *de poss.* « Peculium, quod servus « civiliter quidem possidere non posset, sed « naturaliter tenet, dominus creditur pos- « sidere. »

L. 38, §. 7, 8, D. *de verb. oblig.* « Hæc « quoque stipulatio: *possidere mihi licere spondes?* utilis est: quam stipulationem ser- « vus an possit utiliter in suam personam « concipere, videamus. Sed quamvis civili « jure servus non possidet, tamen ad pos- « sessionem naturalem hoc referendum est: « et ideo dubitari non oportet, quin et ser- « vus recte ita stipuletur. Plane si: *tenere* « *sibi licere* stipulatus sit servus, utilem es- « se stipulationem convenit, licet enim pos- « sidere civiliter non possint, tenere tamen « eos nemo dubitat. »

In questi testi il giureconsulto adopera la espressione *civiliter non possidet*, a significar che lo schiavo per una disposizione del dritto civile non ha possesso alcuno, e però questi testi non si riferiscono al possesso civile. Conciosiachè da una parte è certo che lo schiavo non avea possesso alcuno, e non saprebbe vedersi perchè qui non s'avesse a parlare che della mancanza del possesso civile: d'altra parte, la frase *civiliter quidem possidere non potest* si vede ivi medesimo limitata con espressioni tali (*tenere*, *naturaliter tenere*), che dapertutto s'incontrano usate in opposizione a qualunque possesso giuridico, siccome più sotto si vedrà. Ecco dunque la cosa per ordine. Secondo le idee de' romani, la schiavitù veniva dalla ragion delle genti, ma la incapacità dello schiavo di aver beni propri, e l'acquistar ch'ei faceva pel suo padrone, appartenevano alla ragion civile, quandochè si conoscevano popoli, appo i quali gli schiavi potevano avere beni proprii (3).

« ciæ causa mancipio dederit, vel in jure cesse- « rit, si eandem ipse possederit, potest usucape- « re, anno scilicet, et si soli sit; quæ species « usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod « aliquando habuimus, recipimus per usucapio- « nem. » La espressione *fiduciæ causa* significa *per pegno*, nel particolar senso che diremo nella nota seguente. (*Trad.*)

(1) Cioè il debitore che avea dato in pegno ovvero ipoteca alcuna sua cosa, adoperandovi il contratto anticamente chiamato *fiducia*. Usavasi questo ogni volta che uno mancipava ovvero alienava qualche cosa con patto che nel tale o tal altro tempo gli dovesse essere restituita. Il che si fermava con la formola: « Uti inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem frauder. » Cicer. *De off.* III, 17; *Ep. fam.* VII, 12. Perciò i creditori non contenti del dritto di pegno o ipoteca, si faceano addirittura risegnar la cosa dal debitore, assunto però col contratto di fiducia l'obligo di restituirla, quando fossero pagati. Isid. Hisp. *Orig.* V. 25; Noodt, *Obs.* II, 8. Vogliono gli eruditi che il detto contratto fosse talvolta adoperato ancora nel deposito, trovando più volte da Cicerone usata fiducia per deposito; e parimente nella locazione, per un luogo di Plauto, *Bacch.* IV, 4, v. 109. Dove ognun sa che si usava di certo, era nella emancipazione de' figliuoli. (*Trad.*)

(2) A Thon, p. 109, devesi il primo merito di questa eccellente avvertenza.

(3) Tali, per esempio, erano i Germani. Tacito, *Germ.* 25. Diversi luoghi ancora favoriscono anzichè avversare la nostra opinione. I. L. 1, §. 1, D; §. 1, J. *de his qui sui*: « Igitur in potestate sunt « servi dominorum (quæ quidem potestas juris « gentium est, nam apud omnes peræque gentes « animadvertere possumus, dominis in servos vi- « tæ necisque potestatem fuisse), et quodcumque « per servum adquiritur, id domino adquiritur. » Se per quest'ultima parola si preferisce la lezione *adquiri*, l'opinione prodotta più sopra è falsa del tutto: se si legge *adquiritur*, quella opinione è da tutta la costruzione fatta assai più probabile della contraria. *Adquiri* leggesi nelle Pandette la prima volta presso Aloandro; nelle Instituzioni, per la prima volta in una ed. in-12° di Chevallon, Parigi, 1527, settembre, poi in quella di R. Etienne, Parigi 1828, in 8°, e di Schöffer, Mag. 1529, in 12°; o finalmente in quella di Aloandro, il che non è indicato in quella di Gebauer. *Adquiritur* è primieramente la lezione del vero Gaio lib. 1. §. 52; poi quella di tutti gli antichi manoscritti e delle più antiche edizioni de' libri di dritto di Giustiniano; e particolarmente quella de' tre più antichi manoscritti delle Instituzioni in Bamberga, come pure di tutti i 23 mss. di Parigi. Ne' 13 mss. del *Digestus Vetus* di Parigi, dodici leggono egualmente, e nel tredicesimo (ch'è il più moderno) la parola *adquiri* è un manifesto sbaglio del copista, perciocchè la stessa sua glosa pone *adquiritur*. — II. La L. 10, §. 1, D. *de adquir. rer. dom.* non ci è contraria, perchè le parole, « Ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest », possono tanto bene riferirsi al dritto civile romano, quanto a quel delle genti. Il critico della edizione da Thibaut pubblicata di Cupero (Indicatore di Gott. 1804) reputa la incapacità di aver beni propri esser nello schiavo di ragion delle genti, ma che l'applicazione di tale incapacità al possesso (cosa tutta di fatto, e sol da' romani posta tra le cose del drit-

Quindi, si potea rettamente dire: *servus civiliter non possidet;* cioè lo schiavo non è capace di alcun possesso giuridico, e la causa della incapacità sua sta nel dritto civile.

E. Simiglianlemente, del possessor di una cosa complessa, inquantochè si parla del possesso delle diverse parti di quella (per esempio, del possesso delle ruote di un carro) considerandone ciascuna in particolare, si dice ch'egli *civiliter non possidet* (1). Dove non si può esattamente determinar quale de' due significati di tale espressione sia tolto di mira: forse è il possesso civile (2), ma forse ancora si nega ogni possesso, dandone per ragione il dritto civile (3).

Fin qui del possesso civile. Egli è quasi inutile il rammentare che in tutti i passi citati il *possesso naturale* si presenta come un contrapposto logico del possesso civile, cioè come *possessio quæ non est civilis*. Tratteremo in seguito questo punto più particolarmente.

2. *Possesso*, (quello cioè che dà diritto agl'interdetti), ovvero *possesso propriamente detto*, contrapposto al *possesso naturale*.

Due cose abbiamo qui da provare: la prima, che il possesso propriamente detto, come rapporto giuridico, si distingue dal possesso naturale; l'altra, che l'opposizione usata di queste due espressioni non ammette altro significato, che il voler designare la possibilità, o l'impossibilità di ricorrere agli interdetti.

A. La parola *possesso*, senz'altra designazione, è opposta come rapporto giuridico ad un rapporto non giuridico, dinotato co' termini: *esse in possessione*, *tenere*. *naturaliter possidere*, *corporaliter possidere* (4).

« Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem prædium, precario autem rogavit, non ut *possideret*, sed ut *in possessione esset?* est autem longe diversum: *aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse....* (5). »

« Eum, cui ita non cavebitur, *in possessionem ejus rei... ire*, et, cum justa causa esse videbitur, *etiam possidere* jubebo (6). »

« Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem *tenere possunt*, habere, *possidere* non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est (7). »

« Neratius et Proculus et solo animo non posse nos *adquirere possessionem*, si non *antecedat naturalis possessio* (8) ».

« ....Quod ex justa causa *corporaliter* a servo tenetur.... dominus creditur *possidere* (9). »

E sulla stessa distinzione veggonsi già fondati i noti termini della stipulazione aquiliana: « quodve tu meum habes, *tenes*, *possides* (10). »

Siffatta opposizion di espressioni non importa però che il possesso giuridico non possa ad un tempo contenere il rapporto naturale, la detenzione: conciosiachè, sebbene il possesso giuridico sia talvolta ammesso in casi ne' quali non vi ha detenzione, esso nondimeno si trova generalmente congiunto con questa (§. 5). Il perchè, per *possesso naturale*, quando è opposto al giuridico, s'intende quello *puramente naturale*: di modo che il possesso naturale può eziandio esser contenuto nel possesso giuridico, senza che la

---

to) appartiene al giure civile. Quando si ammetta che questa incapacità era di ragion delle genti (il che noi neghiamo), questo modo di conciliare riesce molto ingegnoso e soddisfacente.

(1) L. 7, §. 1, 2, *ad exhib.* « Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum: et ita Pomponius scribit, *quamvis tunc civiliter non possideas*. Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho junxeris. etc. »

(2) Thibaut (*App.* a Cupero, p. 161) nega questa proposizione dicendo non essere possibile che, dove si parli dell'azione *ad exhibendum*, si affermi non esser necessario che il reo possegga *ad usucapionem*. Ma si risponde che Ulpiano altrove (L. 3, §. 15, D. *ad exhib.*) fa proprio quel medesimo, che dal Thibaut è creduto impossibile.

(3) *V.* più sotto, §. 22.

(4) La Glosa usa la espressione *detentio asinina* (sulla L. 29, D. *de poss.*), spiegata altrove (sulla L. 24, *ib.*) da essa stessa, così: « .... tenere potest, *ut asinus sellam.* » È noto come Accursio molto spesso scegliesse l'asino per esempio. — I giureconsulti italiani posteriori la chiamano *tenuta*. il qual termine si rinviene già in un diploma del 1252, riportato dal Sarti (*De claris Archyg. Bonon.*): « corporalem possessionem et *tenutam* tradidisse ». — La locuzione *esse in possessione* somiglia a quell'altra *esse in libertate;* la prima contrapponevasi al possesso propriamente detto, come la seconda alla libertà di diritto, con questa differenza che l'*esse in libertate* godeva una particolar protezione di legge.

(5) L. 10, §. 1, D. *de poss.*

(6) L. 7, pr. D. *de damn. infecto.*

(7) L. 49, §. 1, D. *de poss.* Le parole finali del testo sono già state sposte di sopra (§. 5). e dicono espressamente che qui si distingue il rapporto giuridico da un altro non giuridico.

(8) L. 3, §. 3, D. *de poss.*

(9) L. 24, D. *eod.*

(10) L. 18, §. 1, D. *de acceptil.* — §. 2. J. *quib. mod. toll. obl.*

detta antitesi ne riceva pregiudizio. Così si vede che in una gran quantità di luoghi tutto l'espressioni che altrove disegnano il rapporto non giuridico, ove però si tratta del possesso giuridico sono usate ad esprimere la detenzion corporale in esso compresa (1).

B. Solo scopo di questa distinzione è di determinar la possibilità o impossibilità giuridica degli interdetti: il che noi ci accingiamo a provare con la stessa facilità, con la quale abbiam provato l'esistenza della distinzione medesima. In fatti, il possesso propriamente detto è la condizione degli interdetti, siccome dimostra lo stesso nome d'*interdetti possessorii*, e come dippiù confermano molti altri testi (2).

Oltracciò, la esistenza del possesso in generale, senz'altro giuridico attributo, basta per dar luogo agli interdetti, anche quando tal possesso abbia avuto ingiusto cominciamento (3): egli è dunque il possesso propriamente detto, senz'altra giunta, il fondamento proprio degli interdetti.

D'altra parte, non v'ha dubbio alcuno che il fittaiuolo, il commodatario, il mandato al possesso, ec., de' quali la legge dice che *sunt in possessione, tenent, sed non possident*, non han dritto a prevalersi degli interdetti possessorii (4).

Si può dunque dire in generale, che chi ha il possesso propriamente detto ha pure gli interdetti, chi è solamente in possesso, *in possessione*, non gli ha: chè l'una all'altra contrapposizione del tutto risponde (5).

Abbiamo provato la nostra proposizione partitamente, per meglio chiarirne la verità: ora sarà facile lo spiegare un passo, che solo comprende tutto quanto noi abbiam dedotto da parecchi. Esso tratta della vendirazione; la quale non potendo esercitarsi se non contro al possessor della cosa, deve il giudice esaminare se il convenuto è possessore. Egli è dunque, in tal caso, da vedere chi debba esser risguardato come possessore: e questo appunto il seguente testo si propone di determinare.

L. 9, D. *de rei vindicatione*. « Officium « autem judicis in hac actione in hoc erit, « ut judex inspiciat an reus possideat.... « Quidam tamen, ut Pegasus, *eam solam possessionem* putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto uti « possidetis, vel utrubi. Denique (6), ait, ab « eo apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine *in possessione esset*, vel cui « damni infecti non cavebatur, quia hi omnes *non possident*, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, *qui tenent*, et habent restituendi facultatem, peti posse. »

Proponendosi qui Ulpiano di determinare il senso della parola *possesso*, comincia con prenderlo nel senso suo determinato: poi cita Pegaso, il quale crede che la regola si applichi solo a quella sorta di possesso che dà dritto all'interdetto, e non mica dove non si possa supporre la esistenza di alcun possesso; ma termina con dire ch'egli è di avviso contrario. — Le opinioni de' due giureconsulti differiscono in quanto alla cosa, ma quanto a' termini si accordano in uno stesso significato; e questo è quel solo che a noi importa. Tutti e due muovono da una idea

---

(1) Per esempio: *corporalis possessio*. L. 40, §. 2. D. *de pign. act.* — *Naturalis possessio*. L. 38, §. 10, D. *de usur.* e L. 3, §. 13. D. *de poss.* — Da ultimo, *in possessione esse*. §. 5, J. *de interd.* — L. 11, §. 13. D. *quod vi*, e L. 2, C. *de poss.* — Cupero (*De nat. poss.* P. 1, c. 3) dà alla espressione *possessio naturalis* tre significati: 1.° la semplice detenzione; 2.° la detenzione, come parte costitutiva del possesso giuridico; 3.° il possesso assimigliato, per finzion della legge, alla semplice detenzione. *V.* sopra, §. 5. Ma in tutti tali casi *una sola* significazione facendo da fondamento, non accade provare in prima ciascuno de' tre significati co' testi alla mano; ma potremmo dedurli con certezza dalle altre disposizioni della legge, quando anche non fossero mai stati particolarmente usati. Del resto, tutta la osservazione di Cupero era già stata fatta dal Donello, *Comm.* V, 7.

(2) « Interdictum autem hoc (*de vi*) nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur, *possidebat*. » L. 1, §. 23, D. *de vi*.

« Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti non posse, et merito, « *quia non possident*. » L. 3, §. 8. D. *uti poss.*

« Si eam rem, *cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim*.... precario « tibi concesserim, teneberis hoc interdicto. » L. 7. D. *de prec.* Cf. §. 4, 5, 6, J. *de interd.*

(3) §. 6, J. *eod.* — L. 1, §. 9; L. 2, D. *uti poss.*

(4) L. 1, §. 10, D. *de vi.* — L. 3, §. 8, D. *uti poss.* etc.

(5) Cioè, tanto è contrapporre chi ha il possesso propriamente detto a chi è solamente in possesso, quanto chi ha dritto agli interdetti a chi no. (*Trad.*)

(6) *Denique* serve anche qui, come nelle leggi 3, §. 15, *ad exhib.* e 1, §. 9, 10, *de vi*, per segno di transizione dalla regola all'applicazione.

generale, vale a dir naturale, del vocabolo *possessio*, e due specie ne fanno; una è il possesso che dà dritto agli interdetti possessori (1), l'altra è regolarmente il possesso che tal dritto non dà. Subito appresso il giureconsulto dice del possessore della seconda specie, ch'egli *est in possessione*, *tenet*, *non possidet*: onde consegue che la prima specie dee di necessità avere il nome di *possessio* semplicemente. Questo sol passo adunque fornisce la piena riprova della significazione di possesso idoneo agli interdetti, che noi abbiamo sostenuto doversi dare al *possesso* propriamente detto.

3. Abbiam provato finora che due specie di possesso giuridico vi sono; il *possesso civile*, ed il *possesso propriamente detto*. Ma quali rapporti sono tra queste due idee giuridiche?

Il dritto di ricorrere agli interdetti suppone la esistenza del possesso propriamente detto, e nulla più: conciosiachè, potendo quel medesimo il quale siasi posto in possesso con violenza, invocar gli interdetti (2), è chiaro che nessun'altra qualità giuridica a tal effetto è richiesta.

L'usucapione, per opposto, suppone anch'essa il possesso propriamente detto (3), ma oltre a questo si richiede che il possesso sia cominciato *di buona fede* e *a giusto titolo* (*bona fides et justa causa*), o che la cosa posseduta non sia particolarmente eccettuata dall'usucapione (*res furtiva*, *vi possessa*, *etc.*).

Pertanto, il rapporto tra queste due idee è il seguente: il possesso conducente alla usucapione ha soltanto alcune condizioni di più che quello idoneo agli interdetti; ondechè questo è mai sempre compreso nel primo. Siffatto rapporto non poteva esser designato altramente che chiamando il possesso idoneo agli interdetti *possessio* senza alcuno aggiunto (*possesso propriamente detto*), e distinguendo quello che mena alla usucapione con la specificazione di *civilis* (*possesso civile*): cosicchè questi termini confermano quanto abbiamo già provato per la stessa natura giuridica di tali instituzioni.

Da tutto il detto innanzi risulta che i due significati giuridici del possesso in dritto romano, non si fondano sopra alcuna *divisione di un general possesso giuridico*, ma che per contrario *un solo* possesso giuridico vi ha, il quale da sè solo dà dritto agli interdetti, e con talune altre condizioni conduce eziandio alla usucapione (4). Per tal modo, il seguente passo, che a molti interpetri è sembrato di nessun momento, acquista un senso importantissimo, senza perciò contraddire alla doppia natura giuridica del possesso, ch'è il fondamento di tutto quanto il nostro concetto: « Et « in summa magis *unum genus est possidendi*, « species infinitæ (5). » Questo numero infinito si riferisce alla gran quantità di *causæ possidendi* discorse innanzi, alle quali partimente si contrappone da prima *l'unum genus:* ma vedesi la unità di genere proposta come verità generale, e la impossibilità di tal proposizione, quando vi fossero più idee giuridiche del possesso originariamente disgiunte.

Siamo oramai al punto di comprendere in uno sguardo generale tutto ciò che il romano dritto determina in quanto al possesso. Tutte le disposizioni di questo dritto si riferiscono nello stesso tempo alla usucapione ed agli interdetti, ma per differente modo: agli interdetti immediatamente, perciocchè questi non altro suppongono che la *possessio*, il *possesso propriamente detto;* alla usucapione poi mediatamente, perciocchè il possesso propriamente detto, per divenir *civile*, ha bisogno ancora di altre condizioni.

Questo modo d'intendere il possesso giuridico in generale, secondo cui tutte le modificazioni giuridiche del possesso propriamente detto appartengono ad un medesimo

---

(1) Dico interdetti possessorii, senza restrizione, quantunque Ulpiano si limiti a nominare l'interdetto *uti possidetis* e quello *utrubi;* per essere indubitabile, per altri testi, che gli altri interdetti presuppongono la stessa specie di possesso (L. 1, §. 10, D. *de vi*), e perchè Ulpiano nomina soltanto questi due interdetti per essere i soli che avrebbero potuto occorrere nel caso da lui considerato. Perciocchè se il reo attuale avesse invocato tali interdetti prima della vendicazione, il suo possesso (giuridico) sarebbe stato esaminato. Ora, dice Ulpiano, devesi egli conoscere ancora del possesso, contottochè non siasi prima della vendicazione ricorso all'interdetto?

(2) §. 6, J. *de interd.* — L. 1, §. 9; L. 2, D. *uti poss.*

(3) « Sine possessione usucapio contingere non « potest. » L. 25, D. *de usurp.* Così, per esempio, l'usucapione cessa tostochè il possesso è perduto. L. 5, *eod.*

(4) Troviamo nell'antico dritto romano un rapporto affatto identico infra le due altre idee di *justum matrimonium*, e *matrimonium cum conventione in manum*. Perchè il secondo non si può immaginare senza che il primo esista; nè si può, sebbene si abbiano due differenti matrimoni giuridici, dire che questa fosse *divisione* del matrimonio.

(5) L. 3, §. 21, *D. de poss.*

subbietto, è il migliore di tutti per la interpetrazione della nostra materia, e quello che può dare la sola misura certa e generale del valore effettivo di ciascuna opera concernente il possesso. Perciocchè chiara cosa è, che lo scopo di quella parte del romano dritto che tratta del possesso, dev' esser bene o male inteso in ragion diretta della maggiore o minor giustezza del concetto del possesso giuridico in generale, su cui ciascuno fonda tutta la sua trattazione (1).

4. Abbiamo dimostrato, la espressione *naturalis possessio* essere usata in doppio significato. In fatti ogni possesso, secondo sua nozione originale, costituisce un rapporto naturale, e perciò a disegnarlo per tale non occorre espresso attributo. Ma dapoich' esso acquista, sotto talune condizioni, il valore di un dritto, a cosiffatto possesso giuridico si contrappone il non giuridico, a cui quelle condizioni mancano. Ecco dunque per noi stabilito un doppio possesso giuridico, ed a rincontro un doppio possesso naturale: vogliamo ora de' due possessi naturali far parallelo.

Comune ad ambidue è di contenere idee puramente negative, cioè non affermare, ma negare alcun che di giuridico; e soltanto si differenziano nel più e meno negare.

Il *possesso naturale* della prima specie, contrapposto al civile, dinota ogni detenzione sfornita delle qualità necessarie alla usucapione, nè altro di giuridico, oltre a tal negazione, contiene: ond'è ch' esso egualmente comprende la semplice detenzione non punto giuridica, ed il possesso giuridico insufficiente alla usucapione. In questo senso appunto si attribuisce al creditore il possesso naturale del pegno (2), e parimente una donazion tra coniugi produce un semplice possesso naturale. Il luogo contenente questa ultima regola è servito più sopra a provar la nozione del possesso civile; ma esso non è meno in acconcio del possesso naturale.

L. 1, §. 9, 10, D. *de vi*.

« Dejicitur is qui possidet, sive civiliter « sive naturaliter possideat: nam et natura- « lis possessio ad hoc interdictum pertinet. « Denique et si maritus uxori donavit, ea- « que dejecta est, poterit interdicto uti: non « tamen, si colonus. »

Il senso del qual luogo è il seguente. L'interdetto è dato per qualunque possesso (giuridico), epperò non solamente a garentia del possesso civile, ma eziandio del naturale, purchè questo sia possesso (giuridico) (3). Quindi è che il possesso naturale comprende tanto il possesso della moglie, quanto quello del colono, perchè l'un possesso nè l'altro non menano alla usucapione; ma la moglie ha l'interdetto, che il colono non ha, perciocchè solo il possesso di quella può considerarsi come un *possesso propriamente detto*.

Il *possesso naturale* della seconda specie, contrapposto al possesso propriamente detto, dinota una detenzione insufficiente ad ottenere, non che la usucapione, gli stessi interdetti. Esso dunque differisce dal primo inquantochè nega assai più: onde colui che possiede naturalmente (*naturaliter*) in questo secondo senso, così fa nel primo; ma un possesso naturale della prima sorta può essere un possesso vero e giuridico, epperò non aver punto che fare con questo, come l'addotto esempio della donazion tra coniugi evidentemente dimostra.

Ma di qual possesso naturale è parola, quando le nostre fonti di dritto in tal modo si esprimono? Negasi egli allora il dritto della usucapione soltanto, o quello altresì degli interdetti? È da vedere in ciascun caso particolare, qual sia la propria idea, della quale si voglia con detto termine esprimere il contrapposto. Si dee sentenziar per l'uno o per l'altro de' due sensi, secondo che il natural possesso vedesi opposto al civile, o pure al possesso propriamente detto; e quando il contrapposto non sia espresso, bisogna che la interpetrazione aiuti a trovarlo. La regola d'interpetrazione sopra tutte osser-

(1) È questa appunto la principal ragione, perchè la spiegazione del possesso civile data da Cupero (e da Thibaut) tanto nuoce a tutto il trattato del possesso (*V.* in seguito, le agg. al §. 10). Il loro concetto sparge l'incertezza su tutto ciò che i romani giureconsulti con logica stupenda insegnano della esistenza o mancanza del possesso.

(2) L. 3, §. 15, D. *ad exhib.*

(3) Le prime parole (*is qui possidet*) contengono adunque (ch'è ben da notare) una restrizione, senza la quale le seguenti (*et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*) sarebbero troppo generali, per essere innegabile che in molti casi un possesso naturale (esempligrazia, quel dello schiavo) non dia dritto agli interdetti. Non badando a tal restrizione fornita dallo stesso testo, sentivasi la necessità di restringerlo con parole accattate, e quindi ebbe origine la chiosa *et pro suo*, apposta a *naturalis possessio*, la qual si trova entro il testo di molti manoscritti ed edizioni, e dalla Glosa di Accursio è sposta altresì come lezione ordinaria. Meglio veramente sarebbesi fatto senza la particella *et*, quasi dicendo: « nam et naturalis possessio *quae est pro suo*, »

vabile in quanto al possesso naturale, è di non dimenticare mai la sua natura negativa, e quindi non inrappar mai nella conclusione: « *naturaliter possidet*, *ergo possidet*; » in cui quasi tutti gli autori sono stati tratti dalla sua apparente naturalezza.

5. Rivolgiamo ora indietro uno sguardo a' significati, ne' quali abbiam finora preso il vocabolo *possessio*. Originariamente esso dinota un rapporto puramente naturale (1), e questo significato è il fondamento di tutte le susseguenti specificazioni della parola (*civilis*, *naturalis*). In questo senso, sono al possessore concessi nei giudizio di ricuperazione i dritti del convenuto (2), i quali non sono punto ristretti al solo possesso giuridico. Nello stesso sentimento è da ricevere altresì il *furtum possessionis*, il quale può bene aver luogo contro persone prive di ogni possesso giuridico (3).

In tutti gli altri casi, il vocabolo *possessio*, senza aggiunto, dinota il *possesso giuridico*, e ad esso appunto si contrappone il *possesso naturale*.

Se dunque le nostre fonti parlano di *possessio*, qual possesso è da intendere? Quando non vi ha motivo per restringerne il significato, bisogna prender la parola nella maggiore sua generalità, cioè per lo natural rapporto della detenzione; la qual regola è confermata dal proprio esempio de' giureconsulti romani (4). Quant' è a' motivi di restrizione, due principalmente ve n' ha, pei quali *possessio* il più delle volte dee significare *possesso giuridico*.

Primieramente, quando si nomina il possesso relativamente agli interdetti ed alla usucapione, siccome suoi effetti, non si può intendere alcun altro possesso che il giuridico (§. 2).

In secondo luogo, il medesimo è quando la esistenza del possesso è determinata sopra motivi giuridici; perciocchè la sola idea del possesso giuridico è capace di special determinazione (§. 5). Così, in tutti i passi, nei quali si dubita, s' investiga, si discute se debbasi o no ammettere la esistenza del possesso, questa parola dinota maisempre il possesso giuridico. A spiegar questa importante regola d' interpetrazione con uno esempio, citeremo quello allegato già sopra per altro rispetto. Noi abbiamo provato nel n.° 1, che la donazion tra coniugi non produce il possesso civile, sibbene il possesso propriamente detto. Questa regola è da Paolo espressa così (5): « Si vir uxori cedat possessione, « donationis causa, *plerique putant possidere « eam* » (alle quali parole soggiunge due motivi giuridici di siffatta opinione); ed altrove così (6): « Possidere autem uxorem rem « a viro donatam, *Julianus putat.* » Dove, trattandosi di opinioni intorno alla esistenza di tale possesso, e dando il giureconsulto delle ragioni giuridiche per provarla, non può il verbo *possidere* designare il natural rapporto della detenzione, ma soltanto il possesso giuridico.

§. 8. *Possessio justa*, *bonæ fidei*, *etc.*

Le definizioni da noi fin qui date de' termini usati da' romani, son le sole che di-

(1) Questo medesimo, che il vocabolo *possessio* ed il suo significato non sono originariamente giuridici, è cagione del poco valore della etimologia di *possessio*, dovechè quella delle parole designanti idee del dritto positivo è spesso molto istruttiva. Antica controversia è, se Paolo derivi quel vocabolo *a pedibus*, ovvero *a sedibus* (L. 1, pr. D. *de poss.*). Il ms. fiorentino dà la seconda lezione, la quale si trova già, come variante, nella Glosa: il più de' giureconsulti la preferiscono, ed a ragione; benchè Walter (*Miscell.* II, 19) difenda benissimo la prima. Ermanno Cannegieter (*Obs.* IV, 7) ne immaginò una terza, riunente in qualche modo le altre due, ma troppo inferiore a ciascuna di esse: cioè, *a pedis sedibus*. — La lezione *a pedibus* fu quella che trasse la Glosa (sul §. 4, J. *de interd.* e in molti altri luoghi) a non ammettere che un possesso improprio per le cose mobili, dacchè co' piedi non si calca altro che il suolo. Nè pur le scarpe? dimanda un giureconsulto francese. Ma questa opinion della Glosa sarà meglio rischiarata nel §. 8.

(2) §. 4, J. *de interd.* — L. 9, D. *de rei vind.* — *V.* sopra, §. 3, n.° 4.

(3) Perocchè la L. 15, §. 2, e la L. 59, D. *de furt.* suppongono esservi furto, allorchè il commodante sottrae al commodatario l' obbietto del commodato, posto però che il commodatario avesse un particolar diritto alla detenzione, da far valere contro al commodante. Cosiffatto furto non può essere un *furtum rei*, perchè il proprietario stesso lo commette; esso è anche meno un *furtum usus*; non resta adunque ad ammettere che un *furtum possessionis*. Ma non avendo il commodatario possesso giuridico, seguita che tal *furtum possessionis* non presuppone di necessità il possesso giuridico.

(4) Così in fatti Ulpiano interpetra una stipulazione (L. 38, §. 7, D. *de verb. obl.*), e Giuliano una regola di dritto (L. 2, §. 1, D. *pro her.*).

(5) L. 1, §. 4, D. *de poss.*

(6) L. 1, §. 2, D. *pro don.*

rettamente appartengano al nostro subbietto: le rimanenti non ci entrano per altro, se non perchè senza di esse molti de' più ragionati errori d'interpetrazione non potrebbero essere fondatamente confutati. Noi esamineremo in prima due divisioni del possesso, che s'incontrano ne' giureconsulti romani: *possessio justa*, *injusta*; *bonæ fidei*, *malæ fidei possessio*. Poi ci occuperemo de' casi, ne' quali la parola *possessio* dinota tutt'altro che il possesso.

Justum, generalmente, trovasi usato dai giureconsulti romani in doppio significato: qualche volta riferiscesi al *jus* (*civile*), ed allora suona il medesimo che *civile* ovvero *legitimum*; come per esempio, nelle espressioni *matrimonium justum*, *justa traditionis causa*, *etc*. Ma in altri luoghi il suo senso vedesi molto men determinato, e dinota ciò che generalmente è conforme al diritto, come nelle espressioni *absentia justa*, *error justus*, *etc*. (1). In ragionamento di possesso, il vocabolo *justum* è usato nel secondo significato, e *justa possessio* è quindi un possesso al quale si ha dritto, sia peraltro giuridico, o pur no. Perlocchè da una parte, chiamasi giusto possesso quello che il creditore ha del suo pegno (2), e poichè siffatto possesso non è civile, questa qualificazione non può risguardare che al secondo significato di *justum* (§. 7, n.° 1); da un'altra parte, anco la *missio in possessionem* produce un giusto possesso (3), benchè nessun possesso giuridico non possa in questo caso aver luogo (4).

Questa divisione adunque si riferisce alla generale idea del possesso naturale (§. 5, n.° 5); anzi la nozione del *giusto possesso* non riscontrandosi con alcuna delle due specie di possesso giuridico, tutta la detta divisione in una teoria del possesso giuridico è di poco momento (5). L'importanza qui, come nel possesso naturale, è di evitar questa conclusione: *juste possidet*, *ergo possidet*.

Ma questa divisione, oltre a non aver valore per noi, non è pur capace di general diffinizione, non potendo un determinato senso ricevere, se non particolarmente in ciascuna applicazione (6). In fatti, oltre al significato affatto indeterminato da noi già fatto notare, il vocabolo *justum* no ha un altro, più ristretto, e che si può anche tenere pel più comune. In esso, la nostra distinzione si riferisce a' vizî del possesso (*vitia possessionis*, §. 2); ed allora il *giusto possesso* dinota qualunque detenzione principiata *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (7), abbia del resto il carattere di possesso giuridico, o pur no. Questa distinzione è importante, non già per la natura del possesso in generale, ma sì per gli interdetti possessorii.

Come le idee di possesso giusto ed ingiusto, così pur quelle di possesso di buona e mala fede (*possessio bonæ*, *malæ fidei*) sono indeterminate e di nessun momento per la teoria del possesso. La buona fede è relativa ad ogni causa immaginabile della detenzione: chiunque creda di aver la legal causa richiesta nel particolare suo caso, dicesi possessore di buona fede (*bonæ fidei possessor*). Così appunto nella usucapione si dà tal nome a colui che per la giusta causa del suo possesso (*justa possessionis causa*) crede veramente di acquistar la proprietà. Così pure nel giudizio di ricuperazione quel nome è dato a qualunque reo crede detenere a buona ragione, poco montando s'egli deduca suo dritto dalla sua proprietà, o che da solo contratto col proprietario (per esempio, da un contratto di affitto), conduttoch' egli nel secondo caso non pretenda punto di avere il possesso giuridico. Il medesimo finalmente è nell'azione ipotecaria, in quanto al con-

---

(1) Brissonio, *De verb. sig.* v.° *Justus*, riporta pienamente le pruove di tali due significati.

(2) L. 13, §. 1, D. *de publiciana*. — L. 22, §. 1, D. *de nox. act.*

(3) L. 7, §. 8, D. *comm. div.*

(4) L. 3, §. 23, D. *de poss.*

(5) « *In summa possessionis* non multum interest, juste quis, an injuste possideat. » L. 3, §. 5, D. *de poss.* In altri termini, ciò poco rileva in tutti i casi, ne' quali si tratta della esistenza del possesso giuridico in generale, ne' quali per conseguenza si considera come sorgente di dritti il possesso in se stesso, astraendolo da tutte quelle idee che non gli sono essenziali.

(6) Cupero, *De nat. poss.* P. 2, c. 7, ha molto sottilmente dimostrato questa proposizione, sebbene egli ammetta, rispetto alla detta distinzione, parecchi significati diversi, che realmente non differiscono: ma noi confuteremo più sotto alcune delle sue asserzioni. Il più degli autori han confuso il possesso *giusto* col *civile*. La sentenza più strana è quella di Madera, nelle sue *Animad.* c. 27, riportate da Otto, t. 3, p. 488: egli spiega *justum* generalmente da *jus gentium*, a cagion della L. 95, §. 4, D. *de solut.*, e pretende che ogni possesso è giusto, perchè di ragion delle genti.

(7) Così particolarmente nelle L. 1, §. 9; L. 2, D. *uti poss.*

venuto che non abbia cognizione alcuna del dritto d'ipotera dell'attore.

Ne' casi più rilevanti, la buona fede non vale se non se quando possa esser giustificata con un titolo; diguisachè, in tali casi, vuolsi maisempre intendere per possesso di buona fede un possesso fondato sopra un titolo, sebbene ordinariamente ciò non veggasi espresso. Qui pertanto la buona fede è strettamente collegata con la causa del possesso, e quindi con la regola già spiegata nel §. 7: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*. (Agg. alla 6ª ediz.)

Per quanto differenti sieno i significati della parola *possessio*, essi hanno nondimeno a comun fondamento il possesso; ma ci rimane ancor da spiegare que' testi ne' quali quella parola dinota altro che il possesso. Due soprattutto di cotali significati hanno maisempre messo molta confusione nella teoria del possesso: ciò è quello di *proprietà*, e quello di *qualità di convenuto*.

Aver la proprietà si dice talvolta *possidere*, e la cosa tenuta in proprietà si chiama *possessio* (1). La origine del qual modo di dire non è difficile a spiegare: perciocchè la distinzion del possesso dalla proprietà fondandosi tutta sopra un'astrazione giuridica (§. 1), è naturale che non fosse gran fatto osservata nel linguaggio ordinario e degli autori estranei alla disciplina legale. In fatti, nelle nostre fonti di dritto la detta volgar significazione non s'incontra, se non quando si tratta di testamenti, contratti, consulti, ed altri atti, ne' quali era stata adoperata. — Questo è da notare, che in tutti cotali testi le parole *possessio* e *possidere* non sono usate altro che per gli stabili (2), e che la parola tedesca *Besitzung* (3) seguita in ciò l'uso romano (4).

Oltre a possesso e proprietà, la parola *possessio* significa finalmente la condizione propria del reo convenuto. Quando infatti si vuol vendicare la proprietà, non si può fare se non contro colui che *possiede* la cosa, sebbene così detto possesso non abbia senso alcuno giuridico (§. 3, n.° 4): ond'è molto naturale che in ogni vendicazione l'attore si chiami *petitor*, ed il reo *possessor*, perciocchè questi possiede effettivamente una cosa che quegli raddomanda come sua. Ma la procedura vendicatoria si applicava eziandio ad altre materie che quella della proprietà, segnatamente alle questioni relative ad una successione (5): il che fu cagione che le espressioni usate nella vendicazione si allargassero a questi altri casi, e che qui parimente l'attore fosse chiamato *petitor*, e *possessor* il reo. Il più delle volte questi termini quadrano benissimo, perchè la petizion di eredità (*hereditatis petitio*) si adopera pure a raddomandar le singole cose che l'avversario possiede per virtù di un titolo generale (*pro herede* ovvero *pro possessore*). Ma non essendo la petizion dell'eredità ristretta a cosiffatti casi, egli è avvenuto che il reo nella detta petizione si chiami *possessor*, anche quando non si tratti del possesso di una cosa. Più specificatamente, è egli detto *juris possessor* quando ricusa di far qualche cosa, che il suo avversario nella qualità di erede si crede potergli dimandare, stantechè egli così arrogasi una parte dell'altrui dritto generale di successione; e poi detto *corporis possessor*, quand'egli ricusa di rilasciare una cosa (6). Sono, per esempio, *juris possessores*:

---

(1) « Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat; sicut in eo, *qui possessiones suas legasset*, responsum est. » L. 78, D. *de verb. sign.* — Il medesimo si ha in moltissimi altri luoghi delle Pandette e del Codice, e molto spesso in Cicerone, Quintiliano, ec. Somigliante è la definizione di Cornelio Frontone in Gotofr. (*Auct. linguae lat.* p. m. 1331): *Habere* potest etiam fur et nequam; *possidet* nemo, nisi qui rei..., *dominus* est. » Così finalmente è da spiegare anco quel passo cavato dall'Editto, pel quale i *possessores* di fondi non erano astretti a dar mallevadori in giudizio (L. 15, D. *qui sat. cog.*): dove *possessor* certamente non volea dir possessore, ma proprietario.

(2) Alciato, sulla L. 1. pr. D. *de poss.* n.° 21 (*Opp.* t. 1, p. 1195). È probabile che questa circostanza abbia molto contribuito a quella opinion della Glosa, che i soli stabili potessero esser possedati, come più sopra s'è ricordato. — Questa significazione del vocabolo *possessio* è tanto particolare agli stabili, che si trova senz'altro aggiunto denotare appunto il possesso di uno stabile: verbigrazia, L. 1, D. *de decr. ab ord.* — L. 7, D. *de incend.* — Cf. Roth, *De re municipali*, p. 43, Studtg. 1801.

(3) Appunto come la italiana *possessione* (*Trad.*)

(4) Si badi che se la proprietà bonitaria, la qual non ha punto che fare con la nostra osservazione, aveva altresì il nome di *possessio*, ciò era per un motivo storico affatto speciale: di che ragioneremo ex professo nel §. 12, *a*.

(5) Cicer. *In Verr.* act. 2: « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro *praede litis vindiciarum cum satis accepisset*, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret. »

(6) L. 9; L. 18, §. 1, D. *de her. pet.*

1. Colui che veramente non possiede una cosa appartenente ad una successione, ma che può possederla, perch'egli ha un'azione relativa a tal cosa; nel qual caso egli è richiesto di cedere appunto tale azione (1).

2. Chi possiede, infra 'l peculio del suo schiavo, il valsente di una cosa ereditaria venduta (2).

3. Chi abbia contratto un'obbligazione inverso la successione, per esempio, in qualità di *negotiorum gestor* (3).

Parimente, litigandosi della libertà di una persona (*liberale judicium*), usavasi fin dai primi tempi ricorrere alla procedura vendicatoria (4), e qui pure designavasi la condizione e la prerogativa del convenuto con le espressioni *libertatis, servitutis possessio* (5) (6).

Laonde, la qualità di convenuto è designata col vocabolo *possessor*, anche quando non v' ha cosa capace di esser posseduta: ma questa regola non è generale. Pe' soli casi della petizion di eredità e del giudicio di libertà si può provare ch'essa valeva; si può con probabilità sostenere che così pur fosse in tutte le azioni conformi alla procedura vendicatoria (7): ma certo è che in ogni altra azione nessun luogo essa aveva (8).

Allora dunque che nelle nostre fonti di dritto havvi alcun precetto intorno al possesso, a volerlovi senza fallo applicare, bisogna che siasi in prima provato che non si tratta nè della proprietà, nè della qualità di convenuto: sopra che non si può dare una regola generale d'interpetrazione, ma ben raramente occorreranno di vere difficoltà.

§. 9. *Nozione materiale del possesso.*

Le investigazioni finora fatte han dimostrato che ogni possesso giuridico si riferisce alla usucapione o agli interdetti (§. 2), e che comun fondamento di tali due dritti è in generale entità del possesso giuridico, richiedendosi solamente, perchè la usucapione abbia luogo, alcune condizioni di più (§. 7).

Ora soltanto possiamo proporre la quistione: Che cosa è d'uopo acciò che vi sia possesso giuridico? ovvero; Quali sono le condizioni materiali costituenti la sua nozione?

Noi ci siamo mossi dalla idea generale della *detenzione*, cioè a dire del natural rapporto rispondente alla proprietà come rapporto legale (§. 1): ma tale originaria idea del possesso dovea ricevere delle modificazioni giuridiche, sittosto che il possesso fosse considerato come in condizione di taluni diritti (§. 5). La maggior parte di siffatte modificazioni son tanto specifiche, da non poter esser bene intese, se non quando si discenda a' particolari della teoria: ma una ve n'ha, ch'è tutta generale, con la qual noi daremo compimento alla nozion del possesso.

Infatti, ogni detenzione, per potersi modificare in possesso, dev'essere esercitata con intenzione; ch'è quanto dire che per esser possessore abbisogna non solo aver la detenzione, ma eziandio la volontà di averla (9).

---

(1) L. 16, §. 4, 7; L. 35, *eod.*

(2) L. 34, §. 1, D. *eod.*

(3) L. 10, D. *si pars. hered.*

(4) Il passo più notabile si ha in Tito Livio, lib. 3, c. 44-48.

(5) Dig. XL, 12. — Non è da confondere *servitutis possessio* con *servi possessio.*

(6) Se uno pretendeva che un uomo conosciuto per libero, fosse suo schiavo, e sopra ciò lo chiamava in giudizio, il convenuto si diceva possessor della libertà: se viceversa, uno schiavo contendeva esser libero, il padrone era possessore della schiavitù. (*Trad.*)

(7) Anche bisogna eccettuare le azioni relative alle servitù, perchè qui il possessore può essere altresì attore. §. 2. J. *de act.*

(8) Vero è che la L. 62, D. *de judiciis*, dice in modo generale: « *Inter litigantes* non aliter « lis expediri potest, quam si alter *petitor*, alter « *possessor* sit: esse enim debet qui onera *peti-* « *toris* sustineat, et qui commodo *possessoris* fun- « gatur. » Ma le parole *petere* e *petitor* sono qui relative alle sole *actiones in rem* (L. 28, D. *de obl. et act.* — L. 178, §. 2, D. *de verb. sign.*), e così ristretto il citato passo si accorda con la regola da noi posta. È anzi probabile che questo luogo si riferisse alla sola petizion di eredità, perch'è cavato da un libro di Ulpiano (L. 39, D. *ad edictum*), che tratta singolarmente del dritto di successione. L. 22, D. *qui test. fac.* — L. 1, 3, 5, D. *de bon. poss.* — L. 2, D. *de b. p. furioso.* — L. 1, 3, D. *de b. poss. contra tab.* — L. 1, D. *de b. p. sec. tab.* — L. 6, D. *si tab. test. nul.* — Del resto, noi qui non ragioniamo che de' termini delle nostre fonti di dritto. Cicerone usa altresì la espressione qui considerata, parlando de' piati occasionati dalle decime fra publicani e coltivatori: « Cum in his, inquam, rebus « omnibus publicanus petitor ac pignorator, non « ereptor *neque possessor* soleat esse.... Utrum est « aequius... eum qui manu quaesierit an eum, qui « digito licitus sit, *possidere*? » *In Verr.* lib. 3, c. 11.

(9) L. 3, §. 1, D. *de poss.* « Adipiscimur possessionem corpore et *animo: neque* per se animo, aut *per se corpore.*

Di tal volontà, da cui la detenzione dev'esser accompagnata (*animus possidendi*), noi qui ci occuperemo.

Abbiamo più sopra definito la detenzione esser lo stato fisico corrispondente allo stato legale della proprietà: a che conseguita, che l'*animus possidendi* consiste nella intenzione di esercitare il dritto di proprietà. Ma questa condizione da se sola non basta, perciocchè colui che ha la detenzione può aver la detta intenzione a due modi diversi, o per esercitare il dritto di proprietà di un altro, oppure il suo proprio. Quando il detentore ha in animo di esercitare l'altrui dritto di proprietà da lui riconosciuto, siffatto suo *animus possidendi* non è atto ad elevar la detenzione al grado di possesso: il qual principio, dal roman dritto espressamente stabilito (1), naturalmente si spiega mediante la idea più sopra fattaci degli interdetti. Non resta adunque che il secondo caso, quando la intenzione è volta all'esercizio della proprietà sua *propria* (2): nel qual caso *animus possidendi* dee spiegarsi per *animus domini* ovvero *animus sibi habendi* (3), e però non si può riguardar come possessore se non chi tratta da proprietario la cosa da lui detenuta, cioè chi vuol trattarla di fatto egualmente che un proprietario può trattarla di dritto, e segnatamente senza voler riconoscere al disopra di sè alcun altro più fondato pretenditore (4). Ma il possesso non richiede altro, che cosiffatto *animus possidendi*, nè punto è necessario il convincimento di essere realmente proprietario (*opinio s. cogitatio domini*): ond'è che il possesso compete così al predone ed al ladro come al proprietario medesimo, e che questo e quelli sono parimente contrapposti al fittaiuolo, il quale appunto per ciò, ch'egli non trattata la cosa come sua propria, non ha possesso alcuno (5).

(1) L. 18, pr. D. *de poss.* « Nec idem est, *possidere* et *alieno nomine possidere*. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium. » Questa efficacia della intenzione è importante al possesso per tre diversi rispetti: 1.° inquantochè l'*animus rem sibi habendi*, e però l'idea originaria del possesso, non è applicabile al semplice detentore (*hic*); 2.° inquantochè costui talvolta ha, tal altra no, il possesso derivato (§. 23-24); 3.° inquantochè colui, il quale non ha per se medesimo la detenzione, gode nondimeno della qualità di possessore (§. 26, 27).

(2) Si potrebbe credere questa divisione non compiuta, ed immaginare per terzo caso che il detentore non risguardasse come proprietario nè se stesso nè altrui, ma volesse aver la cosa soltanto per un fine speciale, verbigrazia per appropriarsene i frutti. Ma la differenza tra questo caso ed il nostro è solo apparente; perciocchè chi vuole aver la detenzione, senza attribuir la qualità di proprietario ad un altro, ha sempre l'*animus domini*, e giuridicamente nulla monta la qualità del suo fine esteriore.

(3) Teofilo, sul §. 4, J. *per quas pers. adq.* e sul §. 2. J. *quib. mod. toll. obl.* Solo in questi luoghi la nostra regola si trova in termini espressi: le Instituzioni nè le Pandette non la pongono, sebbene dapertutto sia supposta.

(4) Noi dunque usiamo qui la espressione *animus domini* per determinar la estensione della volontà necessaria al possesso con la misura di ciò che il proprietario ha dritto di fare; non punto per inculcare che la intenzion del possessore dovesse spezialmente mirare a ciò che in dritto s'intende per proprietà: il che sarebbe assurdo, per uno esempio, nel caso del ladro. Par nondimeno che tra gli autori citati in fin di questo §, parecchi abbiano così interpetrata, e però fraintesa, cotale *intenzione di esercitar la proprietà*, da noi richiesta nel testo. Per es. Warnkœnig, p. 173, trasforma la nostra opinione nel seguente modo: « Chiamar la cosa sua, cioè a dire *ex jure quiritium suam.* » Similmente Guyet, *Abh.* p. 176. (Agg. alla 6ª ediz.)

(5) La idea del possesso, da noi qui data, è quella che i più tra' giureconsulti hanno con maggiore o minor chiarezza professata. Zachariæ (*De poss.* p. 5) la respinge, e le sostituisce quest'altra: « Possessio nobis est: ea rei ad hominem ratio, qua appareat esse alicui et animum rei sibi habendi, et reliquarum virium modum animo illi accomodatum. » Questo *animus* non ha niente di nuovo, come Zachariæ medesimo confessa (p. 6); ma l'altra metà della sua definizione è nuova davvero (p. 10). Or qual è la misura di forza fisica, che si riscontrerebbe con l'*animus domini*? Consistendo questo in trattar la cosa a proprio volere, e con esclusione di ogni altro, il *virium modus* di Zachariæ dovrà certo indirizzarsi al medesimo scopo; esso dunque non altro è che la detenzione, quale appunto ognun la intende e noi l'abbiamo disopra spiegata. La novità della sua definizione non è dunque nella espressione *virium modus*, ma soltanto nella parola *appareat*. Egli vuol dire: Il possesso è quel rapporto dell'uomo con la cosa, il quale *fa vedere* che l'uomo ha l'*animus possidendi*, e ch'egli può nello stesso tempo effettuarlo. Quindi il *factum* ha nel possesso una funzione affatto simbolica, poich'è destinato a *spiegare*, a *far vedere* qualcosa (p. 10, 11). Taceremo le innumerevoli applicazioni contraddicenti a tal nuovo elemento del possesso, quandoch'esso medesimo è tanto indefinito, che una diretta confutazione sarebbe al sommo difficile, a non dirla impossibile. Ma i mezzi da Zachariæ adoperati a stabilirlo si confutano da sè. Egli si dà vanto che rispetto allo acquisto ed alla perdita del possesso la definizion sua riesce a chiarir de' casi fino allora in-

L'applicazione di siffatta idea può solo ammetter dubbio ne' casi in cui taluno voglia esercitare un dritto, i cui rapporti con la proprietà sono incerti. A tal novero appartengono i dritti seguenti:

1. La *proprietà bonitaria* (*in bonis esse*) (1). In tutti i rapporti che non sono particolari all'antico dritto civile stretto, la proprietà bonitaria è trattata come vera proprietà, di modo che l'applicazione immediata de' nostri principi non v'è soggetta a dubbio alcuno. Poco egualmente monta che un altro abbia o pur no la proprietà puramente quiritaria (*nudum jus Quiritium*) (2). Per questo rispetto, la *bonæ fidei possessio* non può esser risguardata come una particolare instituzione giuridica; perciocchè il possessor di buona fede ha in tutti i tempi ritenuto come un dritto acquistato o la romana proprietà, o la naturale. Sicchè, s'egli credeva avere tal dritto, è certo altresì ch'egli aveva la volontà di averlo, l'*animus domini*: onde in questo caso la introduzione dell'azion publiciana non era punto bisogno a fondare un verace possesso (3).

2. Gli *stabili provinciali*. Per antico principio di dritto romano era impossibile aver questi beni nella proprietà quiritaria, ch'è quanto dire che mancava ad essi il *commercium*, nello stretto senso della parola. Una conseguenza di tale mancamento di proprietà quiritaria era che il possessore non poteva farli suoi mediante le antiche forme del dritto romano, *in jure cessio*, *mancipatio*, *usucapio*. Ma per ogni altro rispetto i possessori di tali fondi potevano esser considerati come proprietari, e quindi il principio dell'*animus domini* poteva benissimo essere applicato: di che non è punto da dubbitare (4),

---

comprensibili. Quant'è alla perdita del possesso, noi proveremo più innanzi che Zachariæ non deduce dalla sua definizione conseguenza alcuna, la qual non discenda già dalla nostra: qui ci occuperemo soltanto dell'acquisto. Adunque, la significazion simbolica che avrebbe il *factum* può concepirsi a due modi: o di modo che ciò che dev'esser significato (il *virium modus*) realmente esista; o di modo che ciò non esista, e che colui che col suo fatto il significa, falsamente creda a tale esistenza. Certa cosa è, che nel secondo caso non si acquista possesso: quando, per esempio, innanzi ad un magazzino altri ne consegni a noi le chiavi, a fin di metterci in possesso delle merci ch'esso dee contenere, ma che veramente non ci sono, certo è che noi non abbiamo acquistato possesso alcuno. Dondechè, l'idea da noi data del possesso differisce da quella di Zachariæ in ciò, che la nostra contiene la *detenzione* e l'*animus domini*, la sua poi la *detenzione*, *l'animus domini*, e la spiegazion simbolica testè discorsa; sicchè richiede una condizione di più che la nostra. Pertanto, da chi il possesso è acquistato secondo Zachariæ, è pur secondo noi; ma non così viceversa. Sègnita ch'egli avrebbe dovuto confutarci, allegando de' casi in cui noi sostenevamo il possesso, mentrech'egli ed il dritto romano lo negassero: ma poichè i casi da lui tolti a sostegno presentano proprio il rovescio, ne consegue ch'egli contraddice a se stesso. Spieghiamoci meglio con uno esempio, proposto da Zachariæ medesimo (p. 19): Immaginando, nel caso della L. 18, §. 2, D. *de poss.*, che tra la torre ed il fondo corra un rivo, il quale non si possa attualmente traversare, il possesso non si acquista secondo la teoria nostra, ma nè secondo quella di Zachariæ; perciocchè colui, che da un rivo è impedito di esercitar suo potere su i fondo, non potrebbe seriamente asserire di avervi potere.

(1) Nelle due prime edizioni comprendemmo l'essere *in bonis* ed il possesso *bonæ fidei* sotto il comun nome di *proprietà pretoria*. A tanto ci aveva indotti l'osservar che l'uno e l'altro producono egualmente due principali effetti, la usucapione, e l'azion publiciana, quantunque questa seconda non sempre, ma sol ne' casi dell'acquisto ch'è detto *derivativo*. Egli è nonpertanto necessario di accuratamente distinguere l'un dritto dall'altro. Il passo, che più direttamente stabilisce la loro differenza, è di Ulpiano, XIX, 20, 21.

(2) La proprietà nell'antico dritto romano dividevasi in quiritaria e bonitaria: la prima acquistabile da' soli cittadini romani ne' modi civili, quali erano la eredità, la mancipazione, ec.; la seconda, da chiunque altro, in qualunque modo naturale. Di che può vedersi Einnecio, *Inst.* §. 372, ed *Antiq.* lib. 2, tit. 1, §. 19. (*Trad.*)

(3) Questo modo di riguardare il possesso di buona fede fu la prima volta introdotto nella 4ª edizione.

(4) L'alto dominio del popolo romano non fa contro a questa sentenza, perchè sebben esso in generale fosse alcun che di più che una nuda ipotesi de' giuristi (*v. Zeitschrift etc.* t. V, p. 256), nel particolare non era mai recato in atto, nè mai nel privato commercio de'fondi se ne teneva ragione. Come dunque per rispetto a'fondi provinciali era indubbitatamente ammessa la vendicazione (SIMPLICIUS, Goes. pag. 71, 76), così pure doveva ammettersi un *animus domini*, e però un vero possesso. Parimente si spiega perchè rispetto all'*ager publicus* in Italia potesse anco aver luogo una vera *possessio*: conciosiachè, sebbene in questa parte la proprietà del popolo romano fosse a gran pezza più reale, potendo la tenuta esser sempre rincorporata allo stato; pure ciò si faceva soltanto per via di plebiscito, cioè per pubblica provvisione: onde, quant'era a'rapporti giuridici dell'un privato con l'altro, l'*animus domini* poteva qui avere quel luogo medesimo che nelle cose di ragion de'Quiriti. (Agg. alla 6ª ediz.)

non solo per la origine stessa di siffatta instituzione giuridica, ma estandlo per parecchi luoghi degli antichi (1). Questa proprietà dunque assomigliavasi molto alla bonitaria di Roma e dell'Italia. Ma Giustiniano, levando via ogni distinzione tra proprietà quiritaria e bonitaria, concedette a' provinciali piena ed illimitata proprietà degli stabili (2): con che egli, comprendendo in una stessa disposizion di legge quelle vecchie instituzioni giuridiche, ha giustificato il nostro avviso di pareggiarle tra loro.

3. Le *servitù*: cioè a dire de' dritti introdotti dal *jus civile*, e che considerati come parti staccate della proprietà (*jura*, *jura in re*) (3), possono esser contrapposti a quest'ultima, la qual comprende la totalità dei dritti reali. Siffatto contrapposto, senza di cui la nozione delle servitù non può esser determinata, prova già per se solo che chi vuole esercitare una servitù non può nello stesso tempo avere l'*animus domini*. Pertanto, non vi ha che un sol caso, in cui potrebbe alcuno esser tentato di dubbitar di questa proposizione; cioè quello dell'usufrutto. Ma il dritto romano, tanto è lontano dal riconoscer l'usufruttuario per proprietario, che anzi usa il vocabolo *proprietas* come termine tecnico, per designare il dritto sopravvanzante alla deduzione dell'usufrutto. Cosicchè, in materia di servitù, l'*animus domini* è impossibile.

4. Il *dritto di superficie* rassomiglia del tutto alle servitù, e la ragione del non esser tra queste noverato è puramente istorica, cioè l'essere tale instituzione stata introdotta non dal giure civile, ma dallo Editto del pretore. Parimente adunque, che le servitù, il dritto di superficie appartiene a' *jura in re;* la qual cosa è da Gaio espressamente affermata, dove dice che il superficiario non ha nè pure la natural proprietà (4). Onde sèguita che qui l'*animus domini* non è possibile, e conseguentemente nè anco il possesso (5).

5. L'*ager vectigalis* e la *enfiteusi*:

A. Ager vectigalis. Le prime notizie certe, che si abbiano intorno all'*ager vectigalis*, sono del tempo di Traiano e di Adriano. Igino (6) attribuisce tal nome a' terreni che, secondo lui, erano allogati dal popolo romano, dalle città, da' collegi di sacerdoti, e dalle Vestali; dicendo che ordinariamente le due prime allogagioni si faceano pel termine di anni cinque o pur cento, le altre due per cinque anni o per un solo. — Per ragioni facili a vedere, nelle Pandette non si tratta più, se non di un solo de' quattro casi, cioè de' beni delle città, ed anche in questo è successo alcun mutamento dei termini; trovandovisi tali beni chiamati *vectigales* sol quando sieno dati in affitto perpetuo, altrimenti *non vectigales* (7). Ma nell'un caso e nell'altro, all'affittaiuolo è data un'azione reale (8).

B. Enfiteusi. Trovasi di questa il primo delineamento nelle Pandette (9): dov'essa

(1) Aggenus et Simplicius, apud Gœsium, p. 46, 47 e 76. — Teofilo, sul §. 40, J. *de div. rer.*

(2) Tit. Cod. *de usuc. transform.*

(3) I romani col nome di *jura in re* denotavano le dette parti staccate, e tanto è lontano che il *dominium* appartenesse al numero di tali dritti, che anzi spesso è loro contrapposto. Ciò fu provato ad evidenza da Waechter, *De jure in re*. Viteb. 1682, in-12 (come pur da Thomasius, *Diss. Lipsiens.* Lips. ed Hal. 1696, in-4° p. 255). La stessa opinione fu già professata da Hubero, *Animadv. ad jus in re*. Franek. 1675, in-12 (parimente che nelle *Digress.* IV, 10, e nelle *Opp.* de' Feltmann; Arnhem. 1764, in-fol. t. 2, pag. 257): ma quell'autore le dava tale estensione, che tutto il ben fatto guastava, volendo che il commodatario avesse anch'egli un *jus in re*. Thibaut (*Vers.* t. 2, p. 32) pretende il medesimo. Essi fondano il loro avviso unicamente in sulla L. 2, §. 22, D. *vi bon. rapt.*; ma le parole « *vel quod aliud jus* » possono non pur bene, ma eziandio molto meglio riferirsi soltanto a « *sive usumfructum.* »

(4) L. 2, D. *de superf.* « Superficiarias ædes « appellamus quæ in conducto solo positæ sint, « quarum proprietas *et civili et naturali jure* ejus « est cujus et solum. »

(5) Noi proveremo direttamente (quando parleremo del possesso derivato, nel §. 23) che il superficiario non è punto possessor della cosa.

(6) In Goesio, p. 205, 206. In altro luogo egli dice che il fitto si usò pagare talvolta in danari, tal altra in frutti (ordinariamente un quinto o pure un settimo del ricolto). Ib. p. 198. — Plinio, *Epist.* VII, 18, fa pure general menzione di cotali affitti.

(7) L. 1, pr. D. *si ager vect.*

(8) L. 1, §. 1; L. 3, D. *eod.* È molto dubbio che al fittaiuolo temporaneo sieno stati attresì attribuiti gli altri dritti dell'*ager vectigalis*. Stando alla lettera, non sembra così; perciocchè tutti i testi non parlano, che dell'*ager vectigalis*. Ma poichè l'azion reale era data in ambo i casi, abbiam ragione di credere che neppur gli altri dritti erano negati, cioè che la significazione ristretta di *ager vectigalis* non era la ordinaria: il che dal passo d'Igino pare che sia confermato.

(9) L. 3, §. 4, D. *de reb. eor. qui sub tut.* — Cf. §. 5, *eod.*

non è già ricordata per tale, ma è trattata come *jus prædii*, e comparata all'usufrutto.

Ne' Codici di Teodosio e di Giustiniano occorrono già spesso i fondi enfiteutici (*prædia emphyteutica*), ma la lor prima comparsa è solamente infra' beni patrimoniali del principe (1), e sono espressamente distinti dall'*ager vectigalis* (2).

Una costituzione dell'Imperator Zenone prescrisse per lo stabilimento della enfiteusi una particolar sorta di contratto (3): la qual circostanza non è qui di alcuno interesse per noi, ma da' generali termini usati nella costituzione risulta che l'enfiteusi era divenuta assai frequente altresì pe' beni privati, e la interpetrazione che di detta costituzione è data nelle Instituzioni (4) mostra che la si dee considerar come uno affitto perpetuo. Del dritto alla cosa, non v'è fatto parola.

Giustiniano ha determinato tal dritto, di passaggio veramente, ma nondimeno in modo sì preciso, da non potervi più cader dubbio. Egli vuole che questa nuova enfiteusi goda gli stessi diritti già goduti dall'antico *ager vectigalis*, cioè che nello affitto perpetuo (o che fatto da una città, o che no) si osservino le stesse regole, che prima per gli affitti (perpetui o temporanei) de' beni municipali (5).

Comparando siffatte disposizioni al dritto dell'*ager vectigalis* da noi già sviluppato, per le due instituzioni quindi innanzi riunite sorge la questione, se debbano considerarsi come una sorta di proprietà, a similitudine de' poderi provinciali, o come de' *jura in re*, a simiglianza della superficie. Noi pronunziamo ora pel secondo avviso, stantechè i romani giureconsulti attribuiscono in termini espressi un *jus in fundo* ovvero *jus prædii* all'enfiteuta (6), e le costituzioni distinguono costantemente costui dal *dominus* (cioè il locatore) ed anco glielo oppongono (7).

Stante la sposizione da noi fin qui fatta del possesso, non si potrebbe in questo caso, come non si può per la superficie, ammettere un possesso giuridico. Nondimeno è altramente, non potendosi qui negare un vero possesso (8): la quale apparente incongruenza non potrà essere spiegata, che più in là (§. 12 *a*) (9).

6. Finalmente, il *dritto di pegno* non può qui trovar luogo, se non perchè produce anch'esso un'azione reale. Ma, non ostante tale azione, il creditore non può in modo alcuno esser considerato come proprietario: all'opposto, il pegno suppone appunto la ricognizione dell'altrui proprietà. Sèguita che l'*animus domini* non può qui essere, nè il possesso da noi divisato immaginarsi.

(1) J. Gotofredo, *Paratit. Cod. Theod.* X, 3.
(2) L. 13, C. *de præd. et al. reb. minor.*
(3) L. 1, C. *de jure emph.*
(4) §. 3, J. *de locat.*
(5) Rubrica del tit. 3, lib. 6 del Dig. « Si ager vectigalis, *id est emphyteuticarius*, petatur. » — L. 15, §. 1, D. *qui satisd. cog.* « Sed et qui vectigalem, *id est emphyteuticum* agrum possidet, « possessor intelligitur: » dov'è evidente una interpolazione di Triboniano. Ma noi non però pretendiamo che Giustiniano fosse l'autore di siffatta fusione: crediamo anzi verosimile che fosse già passata in consuetudine, perchè altrimenti Giustiniano non avrebbe mancato di annunziare siffatta sua innovazione pomposamente in una particolar costituzione.

(6) L. 71, §. 5, 6, D. *de leg.* I. — L. 3, §. 4, D. *de reb. eor.*
(7) L. 1, 2, 3, C. *de jure emph.* — L. 2, C. *de manc. et col.* In altro luogo (L. 12, C. *de fund. patrim.*) pare che il fittaiuolo perpetuo abbia il nome di *dominus*, ma il vero è ch'ivi si ragiona del caso di un fittaiuolo, il quale oltre al suo *jus in re*, acquistì ancora il *dominium*. Thibaut, *Abhandl.* p. 274.
(8) L. 25, §. 1, D. *de usur.* — *V.* sotto, §. 22. *a.*
(9) A cessar tale incongruenza (di cui crediamo ora conoscere la vera soluzione) avevamo nella 2.ª edizione ammesso la opinione che il fittaiuolo perpetuo dovesse esser contato per proprietario bonitario. Ci eravamo fondati in ciò, che il detto fittaiuolo gode vari dritti importanti, non goduti dall'usufruttuario: ma tal differenza di estensione non peranco prova che la natura di queste due cose non sia la medesima. Le espressioni usate dalla L. 1, pr. D. *de cond. trit.* « quare *fundum* quoque per hanc actionem petimus, *etsi vectigalis sit*; » nè pur provano nulla: perciocchè la L. 12, §. 1, D. *quib. mod. pign.* parlando del creditor sopra pegno, usa le espressioni REM *persequi* e *vindicatio* REI, contuttochè nessuno possa negare che il dritto di pegno è un semplice *jus in re*. Pare che così per l'uno come per l'altro di detti due diritti un tal modo di dire abbia questo comun fondamento, che tutt'e due le specie di *jura in re* danno una *corporis possessio*. L'usufrutto non ha cosiffatto possesso, e perciò non darà mai luogo a ragionar di una *res*, ma soltanto di una JURIS *petitio*, *persecutio*, *vindicatio*. — La natura giuridica dell'enfiteusi è soprattutto ben trattata da Thibaut, *Abhandl.* n.° XI: la sostanza della qual dissertazione era stata già dall'autore pubblicata nella *Gazzetta lett. univ. di Stalla*, Supplem. 1806. t. 2, n.° 144, p. 530.

Da quanto abbiamo finora ragionato della nozion del possesso, la qualità di possessore può attribuirsi a colui che vuole aver la detenzione per sè medesimo, non già a colui che la eserciti per un altro. In questo secondo caso, si considera come possessore colui *per lo quale* il detentore esercita la proprietà. Ma essendo il possesso risguardato come dritto (§. 5), egli è per conseguenza capace di alienazione. Ecco perchè, nel detto caso, il vero ed originario possessore può trasferire il dritto del possesso in colui ch' esercitando la proprietà in suo luogo, non potrebbe per l'esposte ragioni esser considerato come possessore. E però, oltre al possesso *originario* fondato nella detenzione e nell'*animus domini*, havvi un *possesso derivato* che si fonda in sull'altrui possesso originario. Tutta la differenza tra questo possesso derivato e quello originario digià spiegato, sta nell'*animus possidendi:* quanto alla detenzione, è la medesima per ambidue. Infatti, l'*animus possidendi*, pel quale doveva nel possesso originario intendersi l'*animus domini*, nel possesso derivato si rivolge verso il *jus possessionis* trasmesso dal vero possessore (1). Così, per uno esempio, il creditore ha il possesso giuridico del pegno, contuttochè la intenzion sua non sia di esercitar la proprietà; perciocchè il debitore, il quale aveva il pieno possesso della cosa, ha in lui trasferito il *jus possessionis* nello stesso tempo che la detenzione (2).

Ma bisogna guardarsi di dare questo senso a quanto abbiamo testè ragionato del possesso derivato cioè, ch'esso potesse valere in tutti i casi ne' quali un vero possessore volesse stabilirlo; conciosiachè contraffacendo esso alla nozione originaria del possesso, può solo essere stabilito là dove il dritto positivo espressamente il permette (3). Laonde, la idea del possesso derivato dev'esser qui considerata come un' idea semplicemente formale, la quale prenderà sostanza sol quando avremo provato esservi de' casi ne'quali la ragion positiva la riconosce. Ma in quali casi è egli da ammettere il possesso derivato, cioè ammettere che il dritto di possesso sia stato con la detenzione trasmesso? Tal questione sarà esaminata per minuto, quando tratteremo dell'acquisizion del possesso (Sez. II). Adunque la più generale espressione della nozion materiale del possesso è questa: il possesso è la *detenzione* congiunta allo intendimento di possedere (*animus possidendi*), il qual richiede differente spiegazione, secondochè si tratti del possesso originario o pur del derivato; designando nel primo caso l'*animus domini*, nel secondo poi la intenzione di avere il dritto di possesso (*jus possessionis*) insino allora appartenuto ad un altro (4). — Questa division del possesso non dee peraltro essere intesa così, che tendesse a stabilir de' *dritti* differenti ne' posseditori: i dritti sono affatto i medesimi, e tutta la differenza è nel modo di acquistarli. — Non si può dunque rimproverare a' giureconsulti romani di non aver nella loro terminologia distinte tali due specie di possesso, indubitatamente esistenti in dritto romano (5).

---

(1) Bisogna ben notare che il distintivo del *possesso derivato* sta tutto nell'*animus possidendi*, cioè a dire nelle modificazioni della intenzione di colui, che vuole avere siffatto possesso. Tutto adunque dipende da ciò, che costui consideri il possesso come trasmessogli da un altro possessoro; nulla importando se l'atto, con cui il possesso è conferito, sia valido o no: tantochè, per esempio, l'impegnamento della cosa altrui, ch'è atto invalido, dà nondimeno ai creditor sopra pegno il possesso vero della cosa. Un'altra conseguenza è, che qui non si tratta punto di una *successione* nel possesso: al contrario, in tutti i casi ammettenti cotal successione (per esempio, nell'accession di possesso in fatto di usucapione), non si tien mente alla intenzione del possessore, sibbene alla reale esistenza del rapporto giuridico tra lui e l'antecessore.

(2) Pertanto, le numerose conseguenze di siffatto intendimento consistono in ciò, che taluni rapporti di dritto fanno che chi ha altra intenzione che l'*animus domini*, sia nondimeno vero possessore, e viceversa chi ha realmente l'*animus domini* e dovrebbe essere il vero possessore, tale non è. Quest'ultima proposizione è tanto vera, che i nostri avversari, citati alla fine del paragrafo, debbon riconoscerla, poichè anch' essi credono importante che, per esempio, nel *precarium* il proprietario precedente rinunzi volontariamente il possesso: onde consegue che egli senza tale atto di volontà, e conseguentemente per la natura medesima di tal rapporto egli conserverebbe il possesso.

(3) Diversi autori, da poco in qua, si sono opposti alla nostra opinione, pretendendo che il dritto di possesso si possa a volontà trasmettere ad ogni affittaiuolo ec. Thibaut, *Archiv.* t. 18, p. 322, e *Pandekten*, §. 208 della 2ª ediz. — *V.* pure più sotto, §. 23, circa alla locazione. (Agg alla 6ª ed.)

(4) Mercè tale spiegazione, il dir che alla essenza del possesso appartenga l'*animus possidendi*, ovvero *sibi possidendi*, o pure *sibi habendi*, è tutt'uno. Queste espressioni alla maggior parte degli autori han tolto il tempo di sviluppar la nozione medesima.

(5) Zacharias (*de poss.* p. 6-9) nega affatto il

Siamo ora in grado di presentare in un quadro sinottico il prospetto delle differenti idee di possesso importanti alla teoria del possesso stesso (§. 7), e ad un tempo indicare anticipatamente le applicazioni che di tali idee faremo nel processo dell'opera.

<table>
<tr>
<td rowspan="3">POSSESSO (nel senso non giuridico)</td>
<td>POSSESSO CIVILE</td>
<td>Possesso di una cosa capace di usucapione (non rubata, ec.), con buona fede e giusto titolo. (1)</td>
<td rowspan="2">POSSESSO ADATTO AGLI INTERDETTI</td>
<td rowspan="3">POSSESSO (nel senso non giuridico)</td>
</tr>
<tr>
<td rowspan="2">POSSESSO NATURALE</td>
<td>Ogni possesso derivato: tal è sempre nel pegno e nella enfiteusi; nel deposito e nel precario, sol qualche volta. (V. sez. II.)
Ogni possesso originario accompagnato dalla detenzione e dalla intenzione, ma senza buona fede, o senza giusta causa, o di cosa rubata, ec. (V. sez. II.)</td>
</tr>
<tr>
<td>Detenzione esercitata da persona sfornita di dritti civili, o su cosa fuor di commercio.
Detenzione esercitata da un pazzo o da un fanciullo. (Sez. II.)
Detenzione di cosa posseduta ancora da un altro. (§.11).
Detenzione di persona deputata ad esercitare il possesso per un altro. (Sez. II.)
Detenzione esercitata dal fittainolo, commodatario, usufruttuario, ec. (Sez. II.)
Detenzione esercitata dal mandato in possesso (missus in possessionem), eccetto i casi che vi sia un secundum decretum. (Sez. II.)
Detenzione esercitata nel deposito e nel precario, in taluni casi. (Sez. II.)</td>
<td>POSSESSO NATURALE (esse in possessione, tenere, corporaliter possidere, non possidere)</td>
</tr>
</table>

possesso derivato, e si argomenta di dare altra spiegazione a' casi ne' quali noi l'ammettiamo: nel possesso del creditor sopra pegno egli trova una *juris quasi possessio;* in quello del sequestro, una *ficta possessio*, ed all'uno come all'altro disdice ogni *animus possidendi;* finalmente nella *precaria possessio* ei discopre il vero *animus domini*, appunto come nella proprietà rivocabile. La prima e la terza ipotesi sono sì chiaramente false, da non valere il pregio di particolar confutazione. La prima, perchè i giureconsulti romani hanno gran cura di dire del creditor sopra pegno: *possidet*, *possessionem habet*, *etc.* (*v.* segnatamente la L. 35, §. 1, D. *de pign. act.*); mentrechè parlando dell'usufruttuario dicono: *in possessione est*, *non possidet*. La terza, perchè non si vede ragione alcuna di attribuire al *precario rogans* l'*animus domini*, e di preferirlo (per uno esempio) al *conductor*, al quale non è chi noi neghi. Si prenderebbe per avventura a sostegno il possesso giuridico? ma questo appunto si tratta di spiegare. Non resta dunque, che la seconda ipotesi, la qual meriti qualche attenzione. Ma poniamo che Zachariæ abbia spiegati tutti e tre i casi, cioè a dire che in tutti egli abbia negato il possesso derivato e sostituita la *ficta possessio* (cioè senza l'*animus*): impossibile è ch'egli rigorosamente respinga ogni sorta di *animus*, perocchè colui che non ha notizia alcuna dell'impossessamento (*apprehensio*), o anche un pazzo, un fanciullo, non acquisterà certo il possesso. Forza dunque sarà ch'egli richieda pure un *animus possidendi*, ma differente dall'*animus domini;* ed allora egli sarà riuscito precisamente a ciò che noi chiamiamo il possesso derivato. Avveguachè noi abbiamo già detto nella prima edizione di quest'opera, e più nettamente in questa ripetuto, che siffatto possesso dilungandosi dalla originaria e pura nozion del possesso, e fondandosi in una finzione, non può esser supposto dove il dritto positivo espressamente non lo ammette.

(1) Tutto quanto è detto del possessore, è parimente applicabile al proprietario che non ha bisogno della usucapione. Il suo possesso è anch'esso *civile?* Tal è, in quanto ch'esso riunisce tutte le condizioni richieste alla esistenza del possesso civile; non è tale, inquantochè non si può immaginar caso alcuno, in cui al proprietario interessasse di avere un possesso civile. Laonde, in tutti i casi, egli ha il possesso giuridico, cioè a dire il possesso atto agli interdetti, ed il suo possesso non cede in niente a quello del possessore *ad usucapionem*.

Zasio (sulla L. 3, §. *ex plur.* D. *de poss.*,)

Dalla idea del possesso, della quale abbiamo compiuta la sposizione, consegue direttamente che vi son delle cose incapaci a formare oggetto di possesso, e degli uomini inabili a possedere: de' quali casi, che non sono di molto interesse pratico nè grandi schiarimenti forniscono circa la natura del possesso, noi faremo ancora breve rassegna(1).

Nessuna cosa posta fuori commercio, e da noi conosciuta per tale, può essere *obbietto* del nostro possesso: perciocchè in tal caso non solamente l'*animus domini* è illegittimo, com'è altresì rispetto alle altrui cose da noi possedute scientemente, ma anche ogni rapporto con la usucapione e con gli interdetti, capace di produrre un dritto di possesso indipendente dalla proprietà mancherebbe qui del tutto. Ecco perchè, appresso i Romani,

1. Non si potea possedere un uom libero, quando si conosceva esser tale (2): ma si potea, credendolo schiavo (3). Dandosi dunque la libertà ad uno schiavo, naturalmente se ne perdeva il possesso (4).

2. Tutte le cose *pubbliche* e *comuni* (*res publicæ, communes*) sono parimente escluse dal possesso: onde non solo non si può di cose tali acquistare il possesso, ma di quelle che tali divenino, si perde. Così appunto cessa di esser posseduto quel fondo che il mare o il fiume abbia, non momentaneamente inondato, ma stabilmente occupato (5).

3. Il possesso era impossibile quando la cosa fosse esclusa dalla proprietà privata, perchè *sacra* o *religiosa* (*res sacra, religiosa*); il qual caso essendo espressamente pareggiato a quello del possesso di un uomo libero, era da vedere se il detentore di una cosa sacra o religiosa conoscesse la qualità eccettuativa della cosa, e non punto s'egli volesse rispettarla (6).

Come tutte le dette cose non possono esser possedute perchè generalmente escluse dalla proprietà, così pure le persone che non possono aver proprietà, sono incapaci altresì di possedere: ma non dee prendersi la parola proprietà nello stretto senso del dritto romano (*justum dominium*), stantechè colui che non aveva il dritto di cittadinanza, avea nondimeno il dritto di possesso. Noi dunque dovremo qui occuparci di tutti quelli che in ragion civile sono considerati come *privi di dritti*, e però de' *figliuoli sotto potestà paterna*, e degli *schiavi*.

1. Colui, ch'è sotto la potestà paterna (*filius familias*), non può esser possessore (7).

Tale regola è manifestamente fondata in su quest'altra più generale, che il figliuolo non può avere alcun dritto sopra i beni: il qual fondamento spiega l'antica eccezione del peculio militare e quasi militare (8). Ma essendo poi siffatta eccezione divenuta regola, per effetto della introduzione de' nuovi peculii, ogni figliuol di famiglia gode ora

---

e dietro lui molti altri giureconsulti danno al possesso del proprietario il nome di *possessio causalis*, a simiglianza di *usufructus causalis*. Tale espressione è benissimo applicata, ma bisogna guardarsi dallo apporvi l'idea di un *jus possessionis* differente da ogni altro: perciocchè nella pratica non v'ha distinzione alcuna.

(Agg. alla 6ª ediz.) Parimente il possesso di un fondo di provincia appartiene al possesso civile, quantunque esso abiliti alla prescrizione di lungo tempo, non punto alla usucapione; perciocchè qui la impossibilità di usucapire non è l'effetto di uno espresso divieto, ma della mancanza del *commercium* in generale. Thibaut dunque ha torto di dire che la nostra opinione scompagni il possesso civile dalla vera proprietà e dalla prescrizione di lungo tempo; perochè la usucapione non ha luogo in alcuno de' due casi (*Arch.* t. 18. 330).

(1) Ne trattiamo qui, e non (come ordinariamente si fa) nell'acquisizione del possesso, perchè altro è *non potere acquistare il possesso*, ed altro *non esser capace di averlo*. Il pazzo è soltanto incapace di *acquistare* il possesso; lo schiavo eziandio di *possedere*. Perciò si perde il possesso da chi perde la libertà, si conserva da chi perda la ragione.

(2) « Item quæro, si vinxero liberum hominem, « *ita ut eum possideam*: an omnia quæ is possi« debat, ego possideam per illum? Respondit, si « vinxeris hominem liberum, *eum te possidere* « *non puto*... » L. 23, §. 2, D. *de poss.*

(3) §. 4, J. *per quas pers.* — L. 1, §. 6, D. *de poss.* — Così, il possesso di mala fede, di cui qui si tratta, si riferisce al caso in cui altri *creda* avere a fare con uno schiavo d'altrui, non al caso in cui *sappia* avere a fare con un uomo libero.

(4) L. 30, §. 4; L. 38, pr. D. *de poss.*

(5) « Labeo et Nerva responderunt, desinere « me possidere eum locum, quem flumen aut ma« re occupavit. » L. 3, §. 17, *de poss.* L. 30, §. 3, *eod.*

(6) « Locum religiosum aut sacrum non possu« mus possidere, etsi *contemnamus* religionem, et « pro privato eum teneamus, *sicut hominem libe*« *rum*. » L. 30, §. 1, D. *de poss.*

(7) L. 49, §. 1; L. 30, §. 3, *de poss.* — L. 93 *de re jud.* — Quando il padre è in cattività, il possesso del figliuolo è in pendente (*in pendenti*, L. 44, §. 7, *de usurp.*); la qual disposizione ha per fondamento l'analogia: ma sembra strano che il padre di famiglia, il qual si creda figliuolo, possa nondimeno possedere. (L. 44, §. 4, *eod.*)

(8) « Filiusfamilias.... in castris *adquisitum* usucapiat. » L. 4, §. 1, D. de *usurp.*

della capacità di possedere; e quando anche il padre ha, com'è il solito, l'usufrutto del peculio chiamato avventizio, il figliuolo n'è nondimeno il vero possessore, ed il padre, come ogni usufruttuario (Sez. II), possiede a nome di quello (1). Vero è che, anche in dritto romano moderno, il figliuolo non ha nè la proprietà nè il possesso del peculio detto profettizio: ma poichè il simile è di ogni amministrator di beni altrui, non se ne può per modo alcuno conchiudere che il figliuol di famiglia sia *personalmente* incapace di possedere.

2. Gli *schiavi* sono egualmente incapaci di avere il possesso giuridico (2): la quale incapacità naturalmente discende dal principio che di nessun dritto lo schiavo è capace. Più strano sembra il vedere che un uomo libero, posseduto come schiavo, non possa avere possesso (3); mentrech'egli in tale stato può, non che conservare, acquistar la proprietà (4). È questa una differenza molto notabile tra l'acquisizion della proprietà e quella del possesso (5); la cui ragione è la seguente. Per essere in grado di *avere* la proprietà basta che le qualità giuridiche richieste nella persona del proprietario esistano, quando anche nessuno le conosca; ma l'*esercizio* della proprietà, considerata come un dritto, suppone di necessità tale stato in cui l'uomo sia capace di liberamente operare. Ecco perchè l'uomo libero, posseduto siccome schiavo, non differisce punto, in quanto alla proprietà, da ogni altro libero uomo; ed il medesimo, in quanto al possesso, non differisce punto da qualunque altro schiavo.

(1) La Glosa, sopra la L. 49, §. 1, *de poss.*, ricorda questo principio con giustezza e precisione.

(2) L. 49, §. 1; L. 30, §. 3, *de poss.* — L. 24, *cod.*

(3) «.... cum possideatur, possidere non videtur.» L. 118, D. *de re jud.* — Cf. L. 1, §. 6, D. *de poss.*

(4) Ulpiano, *Fragm.* tit. 19, §. 21. — §. 4, J. *per quas pers.* — L. 19; L. 23, §. 2; L. 54, §. 4, D. *de adq. rer. dom.*

(5) Ecco perchè non è generalmente vero, nè pur nel caso *ubi per possessionem dominium quaeritur*, doversi ammettere la esistenza del possesso ogni volta che la proprietà è acquistata; ed ecco ancora perchè negli indicati casi la sola forma dell'atto acquistativo è perfettamente identica nell'acquisizion della proprietà ed in quella del possesso. *V.* sopra, §. 3°, n.° 1. — Wenck (*De trad. etc.*, p. 21) non s'è accorto della manifesta differenza ch'è tra la capacità personale dell'acquistatore e la forma dello acquisto, e però a torto ci tassa d'incongruenza.

I prigioni di guerra (6), ed i servi di pena, per esempio i condannati alle miniere (*damnati in metalla*), si trovavano nel caso medesimo dello schiavo; perciocchè, sebbene non avessero padrone, il loro stato personale era di schiavi: ma queste materie sono estranie al nostro proposito.

AGGIUNTA ALLA 6ª EDIZIONE.

I principi professati in questo paragrafo circa l'*animus domini* considerato come condizione ordinaria del possesso, e circa il possesso derivato, sono stati in questo mentre combattuti in più modi. Per amor di brevità e di chiarezza premetteremo alcune considerazioni, destinate non tanto a difender la nostra sentenza, quanto a meglio determinar le questioni qui occorrenti, e la propria sede delle difficoltà.

Rispetto alla intenzione, ch'è fondamento alla detenzione, si possono innanzi tratto distinguere le quattro seguenti classi di persone:

1. Il proprietario vero, il possessor putativo, il ladro, e colui che per via di dejezione abbia procacciato la detenzione di un fondo.

2. Chiunque fondi la sua detenzione sopra un *jus in re*: di tutta la qual classe di persone noi per brevità nomineremo sempre l'usufruttuario, come loro rappresentante.

3. Chi detiene in virtù di contratto, ma per suo proprio pro: della qual classe ci sarà rappresentante il fittaiuolo.

4. Colui che amministra semplicemente il possesso, in servigio altrui: il quale da noi sarà chiamato procuratore.

Il primo caso non ammette difficoltà: perciocchè quivi si riscontra il vero *animus domini*, di cui sebbene ultimamente si sia forte combattuta la *necessità* per possedere, nessuno ha però dubitato della sua *sufficienza*. Ed anche secondo i testi, bisogna qui sempre ammettere il possesso.

Il quarto caso non presenta maggiori difficoltà del primo. Certo è che nelle nostre fonti non è qui parola di possesso alcuno: nè parlar ne dovevano, dappoichè il

(6) L. 19, D. *ex quib. caus. maj.* — L. 23, §. 1, D. *de poss.* — L. 15, pr. D. *de usurp.* — È chiaro per sè, che il *postliminium* nè la finzione della *Lex Cornelia* non sono qui applicabili. — Esamineremo nella Sez. II, fino a che punto la *rappresentazione giuridica* possa tutto ciò modificare.

procuratore non ha scopo suo proprio, e quindi egli possiede *alieno nomine* nel vero senso della parola, cioè a dire per procurare lo scopo di un altro. Restano dunque le sole due classi di mezzo, le quali han questo di comune, che il detentore intende ad uno scopo suo proprio.

Rispetto all'usufruttuario, che rappresenta la seconda classe, non occorre nelle nostre fonti di dritto il menomo dubbio. Il proprietario ha solo egli il possesso della cosa, e l'usufruttuario non può per tal ragione esser considerato altro che come amministratore. Dal canto suo l'usufruttuario ha una *quasi possessio* affatto speciale, egualmente protetta dagli interdetti. Gli interdetti competenti alle due parti sono infra sè nel rapporto medesimo che le loro azioni *in rem*. La protezione dagli interdetti conceduta all'usufruttuario si fonda in una pratica necessità: conciossiachè può accadere che l'usufruttuario non sia al caso di dimandare sul fondamento del proprio contratto la protezione del proprietario, o perchè l'usufrutto provenga da un lungo possesso, o perchè la proprietà sia passata in altre mani per via di alienazione o di usucapione, il che frattanto non può per nulla diminuire le ragioni dell'usufruttuario. Ora, costui starebbe a discrezione di ogni violenza, se propri interdetti nol guarentissero: ma, la mercè di questi, a tutto l'occorrente è posto ordine, ed il principio *duo in solidum possidere non possunt* serbasi intatto. Solo bisogna guardarsi dal considerare tal principio come un prodotto dell'arbitrio, il che cagionerebbe necessariamente degli ostacoli fra le relazioni sociali; provenendo esso, per contrario, dalla giusta considerazione che il medesimo possesso dato *in solidum* a più persone ingenererebbe con la disformità degli interdetti la confusione de'rapporti possessorii, e che da ciò la sicurezza di fatto, ch'è il fondamento di ogni guarentia del possesso, di necessità resterebbe turbata.

Da ultimo, circa l'affittaiuolo, rappresentante la terza delle sopradette classi, l'espressioni adoperate da'testi sono del pari chiarissime. Il locatore non cessa mai di avere il possesso insieme con gli interdetti: del conduttore è certo che non lo ha, e ch'egli è sol risguardato come amministratore dell'altrui possesso. La pratica dunque di questo caso non differisce da quella del precedente, se non per l'assenza della *quasi possessio*: la qual mostra come anco minor ragione si avesse di privar del possesso il padrone della cosa locata, che non quello della usufruttata. Non può il conduttore aver *quasi possessio*, per non esservi alcun legale rapporto indipendente, a cui farla conseguitare. Ma soprattutto non havvi alcuna pratica necessità di conceder gli interdetti al conduttore, poichè egli ha sempre un'azione derivante dal suo contratto, mediante la quale può richiedere il locatore della debita guarentigia. Allorchè quest'ultimo perde il possesso per alienazione o per usucapione, cessando parimente ogni *dritto* del conduttore alla cosa locata, non accade più a costui di esser protetto in alcun *possesso*: egli non ha più contro il locatore, se non un'azione per danni, derivante dal suo contratto, e sufficiente a salvare tutti i suoi interessi.

Se noi raffrontiamo ora i casi, che fin qui abbiamo sposti, e che non son punto controversi, vi scopriremo egual copia di congruenza scientifica che di pratico valore. Tutto vi si spiega semplicemente e con chiarezza supponendo la esistenza dell'*animus domini*: intantochè se altri casi non vi fossero, probabil cosa è che nessuna controversia avrebbe avuto luogo. Nè l'ammessione della *quasi possessio* sparge alcun dubbio sulla detta supposizione: avvegnachè quivi l'*animus domini* non possa immaginarsi altramente che come volontà del possessore di esercitar l'usufrutto siccome *a sè appartenente*, e però senza riconoscere in alcun altro maggior diritto del suo.

Ma vi sono quattro casi, che discordano dalla regola finora sviluppata: cioè l'enfiteusi ed il pegno sempre, il precario ed il sequestro talvolta (1). Stando alla nostra regola, il possesso dovrebbe in tutti questi casi andar di conserva con la proprietà, e non punto con la detenzione: la detenzione poi dovrebb'essere ne' primi due casi protetta dal quasi possesso, negli altri due no. Ma così non è; perciocchè quì per contrario il possesso trovasi maisempre unito alla detenzione, ed il proprietario non è punto protetto nel possesso. Ecco perchè noi sempre abbiamo

(1) Diciamo *quattro* casi, sebbene anche ciò sia contrastato: ma un caso più o meno non cambia la general natura della quistione. Uno de'nostri avversari suol parimente attribuire il possesso al superficiario (Schroeter, p. 224); un altro non vuol consentire che l'enfiteuta ed il sequestro abbiano il medesimo possesso (Bartels, p. 200, 205): un terzo non vuole pur concedere al sequestro di far parte del dritto materiale, e senz'altro lo confina nella procedura (Sintenis, p. 250).

considerati questi casi come anomali, ed abbiamo ad essi dato il comun nomo di possesso derivato. Ma la loro anomalia non consiste soltanto nella esistenza del possesso là dove l'*animus domini* manca, ma parimente ed anzi piuttosto nella mancanza di possesso là dove tale *animus domini* esiste: quale appunto è il caso di colui che sa di esser proprietario senza contrasto, e che potrebbe per mezzo di un altro (siccom' egli fa senza dubbio nel caso dell'affitto) conservare il suo possesso (1). Abbiamo poi trascelto la espressione di possesso *derivato*, precisamente a rilevare i casi che più si scostano dall'ordinario, e che consistono in ciò, che chi dovrebbe regolarmente avere il possesso, di volere suo proprio lo attribuisce ad un altro. A questo fatto abbiam dato il nome di *trasmessione* del possesso: la qual espressione veramente può di leggieri far credere che noi volessimo accennare ad una successione giuridica; ma fin dalla seconda edizione della nostr'opera non abbiamo mai tralasciato di premunire i lettori contro tale equivocazione (2).

Come s'hanno intanto a spiegar questi casi, che si dipartono dall'ordinario? I casi del credito sopra pegno e del sequestro sono da noi molto semplicemente spiegati con lo scopo effettivo di tali due instituzioni, ch'era appunto che gli interdetti fossero tolti al proprietario: dove, essendo naturalissimo che il bisogno pratico si antiponesse al rigore della speculazione, non si può desiderare spiegazione migliore. Altro è della enfiteusi e del precario. Nella enfiteusi, l'essere i dritti più estesi che nell'usufrutto non ispiega il puro niente; perciocchè, che monterebbe il più o il meno, quando l'ammessione di un quasi possesso avesse appieno soddisfatto a tutti gli interessi? Quant'è al precario, nessuna intrinseca spiegazione ha fatto buona prova. Bene abbiam noi tentato, per ambedue queste instituzioni, una spiegazione istorica, il cui fondo non manca (o che speriamo) di verisimiglianza. Ma chi nè pur di ciò si persuade, crediamo che farebbe meglio a lasciar del tutto la briga di spiegare queste due anomalie. Dopo queste generali considerazioni, veniamo alla storia della molto calda controversia testè sorta intorno a questo particolare.

Rossbirt è stato il primo a dichiararsi contro alla espressione di possesso derivato (3). Egli reputa doversi i detti quattro casi riguardar come stati anormali, incapaci di esser generalizzati, ed insofferenti di qualunque tecnica espressione. Contro costui, che in sostanza non è de' nostri avversari, vano sarebbe l'affaticarci per ciò solamente, ch'egli rigetta una espressione da noi tenuta tuttavia per buona e conveniente.

Altri discordano essenzialmente da noi, in quanto ch'essi negano la natura anomala dei detti quattro casi, studiandosi per contrario di ritirarli alla regola generale.

Schroeter si scosta dal nostro sentimento in ciò, che tuttochè dica come noi l'*animus domini* essere generalmente necessario al possesso, egli però lo trova pure ne' quattro casi in discorso, ed anche in un quinto, cioè quello del superficiario (4). Per tutta dimostrazione egli fa una pomposa enumerazione de' dritti compresi nella enfiteusi e nella superficie, contrapponendoli alle tanto ristrette facoltà dell'usufruttuario (p. 237. 244, 255). Ma noi prima ridomanderemo: di che momento è qui il più o il meno, e dove sono i confini? Poi: qual è il motivo per cui Schroeter, il quale non nega l'*animus domini* al vero proprietario, gli disdice ogni dritto di possesso? Da ultimo: perchè non si ricorre egli qui, siccome in fatto di usufrutto, al quasi possesso, che pur costituisce un rapporto così ragionevole e tanto accomodato alla pratica? — Ancora, questo autore asserisce che il creditor sopra pegno possegga in tutto e per tutto come s'egli fosse proprietario (p. 255 e seg.) (5). Ma io non so se fuor del punto affatto incerto ed accidentale dell'alienazione del pegno (6), si possa trovar persona manco somigliante al

(1) Pare che in ciò i nostri avversari meritino il rimprovero di non esser conseguenti. Perciocchè quei medesimi che tengono l'*animus domini* non esser necessario al possesso, confessano nondimeno che dov'esso è, sia del tutto *sufficiente*. Trovasi qui dunque l'*animus domini* senza possesso, e si pretende che questi casi non escano di regola!

(2) Seconda edizione, p. 111, nella nota. — Con tutto questo espresso avvertimento, par che alcuni altri tengano tal equivocazione come parte integrale della nostra sentenza.

(3) Rossbirt, *Dottr. del poss.*: Archiv. t. 8, n° 1, 1825, p. 9-11.

(4) Schrœter, *Del poss. derivato*, nella *Zeit.* di Linde, t. 2, 1829, p. 233-269.

(5) Questa parte dell'opera di Schroeter è vivamente attaccata da Sintenis, p. 421-435.

(6) La quale il creditor non pagato poteva fare nel modo convenuto nel contratto di pegno, o in mancanza di convenzione, nel modo ordinato dalla legge. (*Trad.*)

proprietario, che il creditor sopra pegno, il quale non può nè usare la cosa, nè i frutti di quella far suoi. — Finalmente, egli pretende che nel precario il proprietario faccia *concessione* dell'*animus domini*, e che nel sequestro dia *mandato* di mantenerlo tale *animus* (p. 263, 269). Tutto il che non vuole in sostanza dire altro, se non che il proprietario trasferisce in altrui il suo *dritto di possesso:* e certamente è una stiracchiatura il dire che tal concessione o mandato sieno relativi alla *volontà*, o non già a degli *atti* al quali il dritto di possesso è soltanto relativo.

Gli altri autori concordano tutti in dire che Schroeter s'è pienamente ingannato riducendo i quattro casi qui discorsi all'*animus domini:* e per conseguente negano l'identità fra l'*animus domini* e l'*animus possidendi*, e si studiano di allargar la nozione di questo, acciò possano commodamente entrarvi ancora i detti quattro casi.

Così appunto è da Warnkoenig fatto a modo negativo, quand'egli pretende che tutti coloro che non vogliono possedere *alieno nomine*, hanno l'*animus domini* (1). Ma la espressione *alieno nomine* è tanto equivoca, che non se ne può dare una soddisfacente spiegazione. Conciosiachè, se le parole *alieno nomine* s'intendono in quanto allo *scopo*, al solo mandatario convengono, dappoichè l'affittainolo si propone il suo proprio vantaggio. Se per contrario le dette parole si riferiscono alla mancanza di un *dritto proprio in sulla cosa*, l'usufruttuario dovrebbe possedere *suo nomine*, e quindi avere il possesso. Non resta dunque altro a dire, se non che la espressione *alieno nomine* escluda colui che riconosce il miglior dritto di un altro; ch'è il caso altresì dell'usufruttuario. Ma per così fatta spiegazione i nostri quattro casi si troverebbero parimente sforniti di possesso. A prevenir questa obbiezione Warnkoenig adduce che in fatto di pegno, di precario, e di sequestro, il proprietario vuol *rinunziare* al possesso e *trasferirlo* (p. 175-177): il che del tutto è conforme al nostro sentimento, nè punto ha che fare con la volontà particolare del detentore. Quanto all'enfiteuta, egli dice che la sua condizione dev'esser migliore che quella del semplice fittainolo (p. 178). Ma non è forse il medesimo dell'usufruttuario? L'autore dà segno di sentire quanto la spiegazion sua sia difettosa, confessando che la mancanza di possesso nell'usufruttuario più malagevolmente si spiega, che non quella del fittaiuolo (p. 180).

Guyet dice che l'*animus possidendi* consiste nella intenzione di esercitare in sulla cosa un rapporto legale, e che tal rapporto non può esser ristretto alla proprietà (2). Per tal via dimostra di leggieri la esistenza del possesso nel creditor sopra pegno e nell'enfiteuta. Il possesso del ladro è spiegato con la intenzione indirizzata al possesso giuridico, e però ad un rapporto legale; ch'è manifesta petizion di principio (*Abh.* p. 151). Ma l'autore aggiunge che il rapporto legale dev'essere immediato, e questa esser la ragione per la quale l'enfiteuta ha il possesso, negato al fittaiuolo (*Zeitsch.* p. 373, 380). Egli crede che la causa di siffatta differenza sia nel *jus in re:* ma s'inganna a partito, perocchè il rapporto dell'usufruttuario non è più immediato che quello del fittainolo (p. 373); essendo ad entrambi causa della privazion del possesso la cognizione ch'essi hanno della illegalità del loro rapporto con la cosa (p. 374). Ma poichè, in realtà, queste persone sono in un rapporto sommamente legale, è chiaro che quello che lor si nega, non altro può essere che un rapporto legale *in quanto al possesso*. Pertanto, tutta la teoria dell'autore sta in ciò: l'*animus possidendi* è conseguito o negato, secondo che la persona vuole o no essere in un rapporto legale di possesso con la cosa; in altri termini, l'*animus possidendi* non altro è che l'*animus possidendi:* la qual cosa non terremo certamente di confutare. Ma par che l'autore non troppo confidi nella propria scoperta, perchè parlando dell'usufruttuario pretende ch'egli *potrebbe* avere il possesso, e che se non l'ha, dee attribuirsi alla natura transitoria del suo dritto; ondechè la differenza, ch'è tra lui e l'enfiteuta, in fondo poi non esser altro che una disposizione meramente positiva (p. 375).

Bartels dice che tutto sta nell'*animus rem sibi habendi* (3). Egli pretende che l'usufruttuario non vuol punto la *cosa*, ma un *jus in re*, e solamente una parte di potere in sulla cosa (p. 181, 200); che il pegno per

(1) Warnkoenig, *Sulla definiz. dell'animus poss.* Archiv. t. 13, 1830, p. 169.

(2) Guyet, *Dell'animus possidendi.* Heideb. 1829; ed *Alcune altre osserv. sull'anim. poss.* nella *Zeits.* di Linde, t. 4, 1831.

(3) Bartels, *Dubbi contro la teoria del possesso derivato;* nella *Zeits.* di Linde, t. 6, 1833.

contrario si stende su tuttaquanta la cosa (p. 198). L'autore spiega lungamente e a grave stento la ragione per cui nel precario l'*animus possidendi* è possibile; cioè, perchè la natura puramente di fatto del rapporto esclude l'*alieno nomine* (p. 179-196). D'altra parte, l'autore semplifica al sommo il suo assunto, negando del tutto il possesso all'enfiteuta ed al sequestro (p. 200, 205), e ciò per tali ragioni, che da nessuno certamente saranno giudicate convincenti.

Finalmente, Sintenis si riduce all'avviso di Rosshirt, ma senza apertamente confessarlo (1). Originariamente, egli dice, tutto sta nell'*animus domini*: ma, oltracciò, sono diversi casi di vero possesso, ne' quali non si trova alcuno *animus domini*, ma soltanto *sibi habendi*; ch'è pur sempre uno scopo d'interesse proprio del possessore (p. 248, 251). Ma par che l'autore, parimente che Rosshirt, consideri questi casi come anomalie separate; non vedendosi perchè l'usufruttuario e 'l fittaiuolo dovrebbero esser trattati altrimente, quando è certo ch'essi pure hanno uno scopo nel proprio loro interesse. Egli spiega altresì rettamente la natura del possesso a titolo di pegno, co' fini particolari e con le proprie necessità di tale atto, e però come un'anomalia fondata nella pratica (p. 414-418). Chiaro è dunque come anche qui tutto riducasi ad una protesta contro il nome di possesso derivato (p. 225, 251), alla quale noi lasciamo quel valore ch'ell'ha.

Adunque, in tutte queste nuove opere gli autori han preso grande briga senza niente conchiudere, anzi (a propriamente parlare) senza il minimo scopo. In tale discussione Thibaut ha tenuto per noi (2), opinando che per amor dell'assoluto e del semplice taluni autori abbian sognato un *animus domini* là dove non è; altri, per contrario, slargato l'*animus tenendi*, perchè potesse comprendere il possesso derivato, e ridottolo in fin de' conti a comprendere ogni sorta di *animus*, anche quello del colono e del pigionale.

§. 10. *Storia letteraria della idea del possesso.*

Dopo avere esaminata la idea del possesso in tutti i suoi aspetti, non resta più che rispondere al quesito istorico del come i giureconsulti moderni abbiano tale idea concepita.

Le infinite controversie circa le tante definizioni del possesso in generale, non sono per noi di alcuna importanza (3); disputandosi in esse circa i termini adoperati dagli stessi definitori, e non punto circa quelli usati da' romani giureconsulti.

L'importanza così quì, come appresso i giureconsulti romani, sta nella definizione delle parole *naturalis e civilis possessio*: sopra ciò dunque sporremo le opinioni de' più reputati giuristi. Rare volte saremo astretti ad una particolar confutazione, trattandosi di semplici *opinioni* non poggiate sopra alcuna deduzione esegetica, e potendo bene tener luogo di critica generale il sistema da noi stabilito più sopra (§. 7).

La più antica opinione, fattaci conoscere dagli scritti del suo autore medesimo, è quella di Piacentino: la quale noi giudichiamo più ragionevole e più logica di quelle della più parte de' giureconsulti moderni (4). Non v'ha, dice egli, che un solo possesso giuridico; il quale però può produrre differenti effetti, e render la usucapione talvolta possibile (*possessio plena*), tal altra impossibile (*semiplena*): ma la sua esistenza è sempre necessaria per potere invocar gli interdetti. Gli elementi costituenti la sua nozione alcuna volta rappresentano un fatto (*detentio*), alcun'altra tengono alcun che del giu-

(1) Sintenis, *Contrib. alla teoria del poss. giuridico*. Ibid. t. 7. 1834.

(2) *Archiv.* t. 18, p. 327.

(3) Tre delle più antiche definizioni, una di Bassiano e due differenti di Azone, si trovano nella Glosa sulla L. 1, pr. D. *de poss.*; nella *Summa in Cod. tit. de poss.* I, 19, del medesimo Azone; ed in Odofredo, sulla L. 1, D. *de poss.*

(4) Piacentino, *Summa in tit. C. de poss.* (pag. 323, 333. ed. Mogont. 1536, in-fol.): « Possessio distinguitur ita, alia *civilis tantum*, alia *civilis et naturalis*.... alia *proprie et plene*, ut ea quæ proficit ad usucapionem, alia *improprie et semiplene*. — Hæc quoque profecto, *naturalis possessio* in jure nostro non recte dicitur *absolute possessio*, sed *est oppositio in adjecto*. — Fieri enim potest, ut quis possideat et civiliter *et naturaliter*, et civiliter *solummodo*. Ut autem quis possideat *tantum naturaliter*, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis, ut reor, esse non potest. — Nam et fur, et prædo, et invasor et *naturaliter* possidet et *civiliter*.... nam et colono interversori datur interdictum unde vi, *quod profecto ei non competeret, nisi.... possideret. Civiliter solummodo* quis possidet, puta saltus quos nullus alius detinet. — Quippe possessio *nonnisi una est*, licet diversis modis *habeatur*, bonæ fidei, malæ fidei, juste, injuste, *naturaliter*, *civiliter* ».

ridico (*animus*): e secondochè si riscontrino o soli i primi elementi, o soli i secondi, o pure gli uni e gli altri insieme, il possesso chiamasi o *naturalis*, o *civilis*, o *naturalis simul et civilis*. Ma giuridicamente parlando, il semplice possesso naturale non è un possesso, anzi a questo si contrappone, perlocchè il dritto romano non riconosce come possesso la detenzione sfornita d'intenzione (*animus*). Altrimenti è del possesso civile, il quale in gran copia di casi può bene esser conservato con la sola intenzione. — Siffatto concetto è certamente ben fondato, e gli stessi termini non peccano per altro, se non perchè la distinzione di possesso naturale e civile è riferita alle condizioni materiali del possesso (cioè all'essere o no giuridico, §. 5 e 9), invece di risguardare agli effetti stessi del possesso (§. 7). L'applicazione a' singoli casi non è poi sì ben riuscita, come la sposizione de' principi. — Azone è generalmente del medesimo avviso (1), salvo ch'egli non ammette possesso alcuno civile e naturale ad un tempo, e ch'egli non adopera l'aggiunto *civilis* se non dove la esistenza del possesso si fondi sopra una semplice finzione (*ubi solo animo retinetur possessio*) (2). Così Azone fa meglio intravedere che la L. 10, C. *de poss.* è stata la vera causa di tale opinione, confondendo egli il contrapposto contenuto in quel testo (3) con quello di possesso *di fatto* a possesso *puramente giuridico* (fittizio), e quest'ultimo contrapposto con quello di possesso *civile* a possesso *naturale*. — Pare che tale avviso abbia gran tempo predominato (4). Infatti, sopra di esso si fondano ancora gli scritti di Alciato e di Duareno (5), sebbene nè l'un nè l'altro distingua abbastanza questa opinione dall'altra che si dirà. Merillio, che seguita anch'egli la detta interpetrazione, la mette in relazione con una questione che occorrerà trattare più sotto (6). Allorchè la finzione tolta a fondamento della esistenza del possesso, era forte a segno di far parere insufficiente il termine di *civilis possessio*, molti comentatori dietro a Baldo chiamavano questo possesso *civilissimo* (7).

Un' altra opinione, che sembra così antica come quella testè discorsa, coglie con più giustezza il sentimento de' giureconsulti romani, riferendo all'effetto giuridico del possesso tutta la distinzione ch'è tra 'l possesso civile ed il naturale. Secondo essa dunque, possesso *civile* è quello dal roman dritto costituito per qualsivoglia conto, e soprastante al possesso *naturale*. Tal è la opinione di Giovanni Bassiano, contemporaneo di Piacentino ed Azone, e maestro (*dominus*) del secondo.

Cosiffatta sentenza, ricevuta da' chiosatori, appresso i quali primieramente la troviamo, è seguitata da tutti i giureconsulti moderni: ma gli autori che la professano si sono suddivisi in tre partiti, i quali importa di accuratamente distinguere.

---

(1) *Summa in C. tit. de poss.* n. 4 e 15 (fol. 134, 135, ed. 1537, in-fol.), e: *Lectura in Cod.* in L. 10, *de poss.* (p. 569, ed. 1577, in-fol.).

(2) La stessa opinione si trova in una glosa non istampata di Ilogorio, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* (in un ms. del *Dig. nov.* conservato a Metz): « Sicuti ergo duo juste vel injuste naturaliter possidere non possunt in solidum, ita non potest esse ut corporaliter in totum unus juste alter injuste possideat. *Ex civili autem id est ficta possessione*, et juste duos et injuste utrumque, et unum juste et alterum injuste in solidum possidere continget, velut in re pignorata aut in emphyteusim sive feudum data si vel ambo bona, vel uterque mala, vel unus mala alter vero bona fide possideat. R. »

(3) « Nemo ambigit, possessionis *duplicem esse rationem*: » aliam, quæ jure consistit « (cioè a dire *possessio civilis*, quella esistente solo per una finzione giuridica) « aliam, quæ *corpore* » (possesso *naturalis*, fondato sulla natural detenzione). — Nel §. 12 daremo la vera interpetrazione di questo passo.

(4) A. Faber, *De error. pragm.* IV, 9. — Menochio, *De retin. poss.* remed. 3, num. 18 e 22 segg. — Menochio, anzichè sporre nè sviluppar siffatta spiegazione, tacitamente la suppone; ed il medesimo probabilmente fanno i più tra' pratici del tempo innanzi, da esso citati.

(5) Alciato, sulla L. 115, D. *De V. S.* (*Opp.* t. 2, p. m. 987), e sulla L. 1, pr. D. *de poss.* (*Opp.* t. 1, p. m. 1197). — Duareno, *Disp. Anniv.* lib. 1, c. 18 (p. 1385 ed. Opp. 1584 in-fol.): « Civiliter vero (possidet) qui quamvis rei non insistat, civilis *juris interpretatione* eam tenere ac *possidere intelligitur* ». Cf. *Comm.* I, *in tit. de poss.* c. 1 e 4 (*Ibid.* p. 816, 817, 818), e *Comm.* 2 *in tit. de poss.*, sulla L. 1, pr. (*Ibid.* p. 820). La L. 10. C. *de poss.* è espressamente indicata qui, ed anche da Teofilo (sul §. 5, J. *de interd.*), il cui passo non può aver dato luogo alla detta opinione, perchè quando questa nacque, quello non era conosciuto. *V.* su questo passo Ferretto, *in L. 10. D. de poss.* (*Opp.* t. 1, p. 611). La stessa applicazione trovasi pure in Davy d'Argenté. *Not. jur. sel. liber.* Parigi, 1615.

(6) Merillio, *Observ.* lib. 2, c. 31. — *V.* appresso, §. 11.

(7) Tiraquello, nel suo trattato intitolato: *Il morto impossessa il vivo*, P. 1, dichiar. 7, n.° 8.

Il primo de' tre partiti, approssimandosi più di tutti al vero, non dà il nome di *possessio civilis* se non a quel possesso il quale riunisca tutti gli effetti possibili del possesso in generale: il perchè chiama così tanto il possesso del proprietario, quanto quello che alla proprietà conduce. Chiama poi *possessio naturalis* quel possesso a cui manca alcuna cosa, cioè a dir quello che può bene abilitare agli interdetti, ma non alla usucapione. Da questi due possessi distingue ancora la semplice detenzione (*tenere*, *esse in possessione*, *etc.*), la qual niente non ha di giuridico. — Ciò che primieramente è da lodare in tale interpetrazione, è ch' essa determina, generalmente parlando, con giustezza la idea del possesso civile (1). Anche maggior suo pregio è la semplice idea ch' essa dà del possesso giuridico (§. 7, n.° 3), il quale bene inteso e ben determinato è da lei contrapposto alla pura detenzione. Ecco perchè le opere fondate in su questa interpetrazione sono più sicure delle altre. Solo difetto di tal dottrina (chè degli errori di applicazione non è questo il luogo di dire) è il falso significato attribuito al possesso *naturale*. — Meritano qui particolar menzione gli autori seguenti:

Giovanni Bassiano.

Odofredo, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* (fol. 56); sulla L. 12, pr. *eod.* (fol. 58); e sulla L. 3, pr. D. *uti poss.* (fol. 101).

Cuiacio, *Observ.* lib. 9, c. 33 (1569).

Giorgio Obrecht, *De poss.* c. 3-5 (p. 524, *Disp. collect.* Urseil. 1603, in-4°).

Scipione Gentile, *De donat. int. vir. et ux.* lib. 2, c. 30 (*Opp.* t. 4, p. 297).

Valenza, *Illustr. jur. tract.* lib. 1, tratt. 2, c. 3.

Ramos, *In tit. Dig. de poss.* P. 1, §. 18, 19 (in Meermann, t. 7, p. 82) (2).

Reles, *In tit. Dig. de poss.* P. 1, c. 2 (in Meermann, t. 7, p. 458).

Polbier, *Pand. Just.* lib. 41, tit. 2, p. 121, e *Tratt. del poss.* c. 1, art. 2, p. 8-17.

Noi non conosciamo la opinione di Bassiano altrochè per gli infedeli ed aridi estratti di Accursio, il quale ci presenta alla confusa tutte le opinioni di quel tempo, sebbene egli stesso a tutte antiponga quella di Bassiano: ma le applicazioni, in cui tale opinione occasionalmente si mostra, bastano a pienamente farcene chiari (3). Per essa, il possesso civile non appartiene se non al verace proprietario ed a colui ch' è in istato di usucapire: l' enfiteuta, l' usufruttuario, il vassallo, non altro hanno che il possesso naturale; il medesimo è del predone che senza titolo dà di piglio nell' altrui possesso: quant' è al figliuolo, egli, privo di ogni possesso, non ha che una semplice detenzione. Ciò spiega la controversia nata tra Bassiano da un lato, e Piacentino ed Azone dall' altro (4), se il possesso *civile* ed il *naturale* fossero due specie differenti, o se un solo possesso vi fosse: dove Bassiano, che tutta la detta distinzione riferiva a' diversi dritti del possesso, dovea naturalmente sostenere la prima proposizione. — La seguente istoria della opinione di Bassiano è molto notabile. Primieramente Bartolo apportolle un cangiamento impercettibile, il

(1) Dobbiam dire *generalmente*, perchè questo partito spesso si discosta dalla sua propria definizione. Per esempio, sovente esso suppone che il possesso civile non si riferisce se non alla *justa causa* nell' usucapione; e nondimeno applica lo stesso termine a' casi in cui qualche causa, verbigrazia la mala fede, impedisca la usucapione. (Bartolo, sulla L. 1, pr. D. *de poss.* n.° 8). Tale incerto uso del termine era necessaria conseguenza del non ritrarre il significato del possesso civile dal linguaggio ordinario.

(2) Sebbene egli sostenga il detto avviso, nondimeno ne' §§. 21 e 22 ne prende coscienza, dicendo che si può cercar modo di cessar le contraddizioni nelle quali, secondo lui, cadono così i testi come gli autori, supponendo oltre al detto possesso naturale, una seconda specie, cioè la semplice detenzione: con che si approssima al vero. Ma torna a tutto guastare una sua giunta, con cui pretende che vi abbia una terza specie di possesso, la qual sia *quatenus ei corpore insistitur*, e però differisca dal possesso che *animo retinetur*. Ond' è manifesto ch' egli si accomoda in parte alle dottrine di Piacentino ed Azone.

(3) Glosa, sulla L. 1, §. 3, D. *de poss.* « Non ergo omnis detentatio est possessio, sed triplex est; nam alia *civilis*, alia *naturalis*, *in quarum utraque quaerenda duo exiguntur* (ciò sono *factum* ed *animus*; ondechè solo questi due possessi sono giuridici): alia *detentatio*, *ut hic*; *qualem etiam habet colonus* ». — Glosa, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* Questo passo contiene tutte le applicazioni da noi qui adoperate, e le riferisce espressamente come opinioni di Bassiano.

(4) Glosa, sulla L. 1, D. *de poss.* « .... non duae sunt (possessiones) sed *una* secundum Piacentinum et Azonem. At Joannes et alii dicunt *duas* esse.... quod est tutius ». — Azone, nella lettura sulla L. 10, C. *de poss.* « Et est hoc notandum, quod quidam dicunt, *et dominus meus dixit* quandoque, quod *diversae sunt possessiones*, sc. civilis et naturalis, *sed contra est* ». — Odofredo, sulla L. 1, D. *de poss.* (f. 52), e sulla L. 4, C. *de poss.* (f. 105, 106).

quale nondimeno ha dipoi dato occasione a gravissimo errore (1). Persuaso certamente, che sconvenevol cosa sarebbe il concedere al predone lo stessissimo possesso che al vassallo e ad altre persone dabbene (cioè quello naturale), egli ammise, oltre al civile ed al naturale, un altro verace possesso, distinto dalla semplice detenzione, al quale dette il nome di *corporalis*, attribuendolo appunto al solo predone. Quindi egli assegnò il possesso civile alla proprietà bene acquistata (*justa adquisitionis causa*), il naturale a *jura in re*; o dall'uno e dall'altro distinse il possesso corporale, cioè a dire il possesso sguernito di titolo legale. Ma siffatta divisione, tuttochè fondi il possesso in sulla esistenza o qualità di un certo diritto, molto più di qualunque altra opinione si scosta dalla diritta via. — Cuiacio, il quale ne' suoi precedenti scritti aveva forse meglio di tutti esposta la opinion di Bassiano (*Obs.* ed. 1569), accettò dappoi la interpetrazione di Bartolo, ma con tale una giunta, che recò l'errore al suo colmo (2). Egli affermò (cosa, a cui Bartolo non s'era mai attentato) che il possesso corporale non fosse in dritto romano riconosciuto come un rapporto giuridico, come condizione di alcuni diritti. Ma poichè non si può negare che il predone non goda anch'esso del dritto d'invocar gl'interdetti, Cuiacio cerca spiegare questa circostanza con dire che il possessore illegittimo ordinariamente mentisce un titolo legale per giustificare il suo possesso; e che non sul possesso medesimo, ma su tal preteso titolo si fondano gl'interdetti, i quali senza siffatto pretesto non potrebbero esser concessi. È quasi impossibile di farsi un concetto del possesso più di questo contrario al dritto romano.

Il secondo de' sopradetti partiti ammette la intera distinzione molto più semplicemente del primo. Esso al possesso *civile*, da lui chiamato altresì assolutamente *possesso*, e che porta con sè la usucapione, non altro contrappone che il possesso *naturale* (*esse in possessione, non possidere*); il quale conseguentemente abbraccia tutti gli altri casi, o che suppongano un verace possesso, cioè a dire il dritto agli interdetti, o che no. — Questo partito adunque spiega anch'esso chiaramente il possesso civile: ma troppo grave errore è il suo, di non separare il possesso buono agli interdetti dalla semplice detenzione; e questa è la ragione per cui tal sistema non ha veruna giusta idea del possesso giuridico (§. 7, n.° 3). I più notabili seguitatori di cotesto sistema, sono:

Ferretto, sulla L. 1, pr. D. *de poss.* n. 11-13 (*Opp.* t. 1, p. 519, 520), e sulla L. 12, D. *de poss.* n.° 31, 32 (*Ibid.* p. 611).

Brissonio, *De verb. signif.*, v.° *civilis*, n.° 3; v.° possessio, n.° 3, 4; v.° *justus*.

Mureto, *Epistolæ*, lib. 3, ep. 81 (Opp. ed. Ruhnken, vol. 1, p. 643).

Galvano, *De usufr.* c. 33, §. 10-12. — Questo autore con sue nuove distinzioni appiana quel vuoto, che la sua interpetrazione gli fa supporre nella terminologia romana.

Vinnio, *Select. Quæst.* lib. 2, c. 36. — Egli val più di ogni altro partigiano di questo sistema.

Domat, *Leggi civili*, P. 1, lib. 3, tit. 7, preambolo.

Westphal, *Delle specie delle cose*, P. 2, c. 2, §. 52-64.

Hofacker, *Princ. jur. rom.* t. 2, §. 759, 760. — Egli stesso confessa avere in gran parte seguitato Galvano.

Malblanc, *Princ. jur. rom.* P. 1, §. 191.

Non ci resta da esaminare che il terzo partito, il quale per possesso *civile* intende ogni possesso giuridico in generale, o che buono alla usucapione, o che soltanto agli interdetti; ed a siffatto possesso giuridico non altro contrappone che la semplice detenzio-

---

(1) Bartolo, sul *Dig. Novum*, L. 1, pr. D. *de poss.* n. 7-13. — La minuta sposizione ch'ei ne dà, e più ancora il modo con cui la raccomanda alla nostra attenzione, provano abbastanza ch'egli vuol dire qualcosa di nuovo. Ecco le sue parole: « Adverte ergo ad me. Mihi videtur, quod antiqui et moderni DD. multum deviarunt a mente juris in hac materia ».

(2) Cuiacio, *Observ.* lib. 27, c. 7 (1585). — Le sue *Notæ posteriores* sulle Inst. §. 4, *per quas personas* (1585): « Est *civilis* possessio, est *naturalis*, est *corporalis*: civilis, naturalis, *justa* est: corporalis *injusta*: hanc pupillus sine tutore amittit, non civilem, non naturalem ». — Le sue *Recitat.* sulla L. 1, pr. D. *de poss.* (1588), nelle sue *Opp.*, ed. Neap. 1722, t. 8, p. 239: « Civilis est, quæ jure vel animo *domini* possidetur... Naturalis tantum ea est, quæ *alio jure* apprehensa est, *quam domini*, veluti jure pignoris, vel jure ususfructus. Eam quæ *nullo jure* impudenter a prædone *nullum jus*, *nullum titulum adfingente* et prætexente sibi, possidetur, *jus non novit*, *non spectat*. Plerumque prædo omnis et pervasor alienæ possessionis sibi fingit titulum aliquem.... At si quis sit, qui nullum sibi titulum adfingat, *ejus possessionem non spectant* ». — I suoi *Scholia s. Comment.* sulle Instit. §. 4, *per quas pers.* nelle sue *Opp.* t. 8, p. 560.

ne (*possessio naturalis, esse in possessione, non possidere*).

L'errore proprio di questa opinione consiste nella falsa definizione del possesso *civile*, e quindi nella necessaria impossibilità di serbare intatta la semplice nozione del possesso giuridico in generale, importantissima sempre (*v.* sopra, §. 7), e da questa medesima opinione posta per fondamento. Conciossiachè, non esprimendosi i giureconsulti romani mai più chiaro che nel negare in taluni casi (massime in quello di donazione tra coniugi) il possesso civile, seguiterebbe che siffatti casi dovessero escludersi dal possesso giuridico in generale: ond'è che nell'applicazione la presente opinione si mostra la più erronea di tutte. Egli è anche evidente che delle tre suddivisioni di quella interpetrazione, secondo la quale l'*effetto giuridico* determina il possesso civile, nessuna più di questa terza si può facilmente confondere con la opinione da noi riferita in primo luogo, la quale per possesso civile intende un possesso esistente per virtù di una *finzione giuridica*; bastando a tale effetto l'ammettere questa proposizione, semplice veramente, ma tanto falsa quanto efficace nella pratica, cioè che dove il possesso civile è impossibile, tal è pure la finzione giuridica del possesso. Ecco perchè gli antichi autori non soliti confondere le due spiegazioni: anzi non pochi ve n'ha, che si possono egualmente schierare in entrambi i partiti. Possiamo qui citare i seguenti:

Martino Gosia, la cui opinione si trova in una glosa anonima ed inedita sul titolo del Codice *De poss.* (MS. Parigi 4517): « Duplex ratio possessionis est secundum M., alia pro suo, quæ civilis est, alia pro non suo, quæ naturalis. Pro suo civilis juris est, quæ animo et corpore acquiritur, quandoque suo, quandoque alieno, ut in re peculiari et per quemlibet alium. Retinetur autem quandoque animo solo, quandoque animo et corpore suo aut alieno. Quæcumque corpore retinetur alieno, pro non suo est quantum ad eum qui detinet, quæ dicitur naturalis et est facti ut colonaria ».

Zasio, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* (*Opp.* ed. Francof. 1590, t. 3, p. 111).

Vaconius a Vacuna, *Declarat.* L. 2, declar. 68-71 (fol. 63-68, ed. Rom. 1556, in-4°). Egli paragona il possesso civile alla imaginazione, il possesso naturale a' sensi, e sviluppa la sua similitudine con pazienza esemplare.

Corasio, sul tit. *De poss.* (*Opp.* ed. Forster, Viteb. 1603, in-fol. t. 1, p. 921).

Conte, *Disput.* lib. 1, c. 9.

Charondas, *Verisimil.* lib. 1, c. 6 (in Otto, t. 1, p. 699).

Friderus Mindanus, *De materia possessionis*, c. 1, n.° 16-20.

Turamino, *De subst. poss.* c. 8 (*Opp.* p. 289-299.

Oroz, *De apicibus juris civilis*, lib. 4, c. 2, §. 8, 9.

Cupero. *De natura possess.* P. 1, c. 3, 4 (p. 24-48).

Fleck, sul tit. delle Pand. *De poss.*, p. 9-15.

Thibaut, *Del possesso*, §. 11 (1).

Queste citazioni provano per se stesse che la opinion di Cupero punto non è nuova, contuttochè paia ch'egli medesimo la tenga per tale. Nulladimeno egli ha il merito di averla difesa più fondatamente e più ampiamente di quanto questa medesima o qualunque altra opinione era mai stata difesa prima di lui, e di aver tolto ogni appoggio ad uno errore possibile. Ma la egregia spiegazione ch'el dà della L. 10, C. *de poss.*, con la quale ha mostrata la vanità delle ragioni allegate a favor di un'altra opinione (cioè la prima ricordata in questo §.), è di molto maggior momento. La profondità del suo sistema, e l'immenso favore con cui per tutto è stato accolto, c'impongono il dovere di aggiungere alcune particolari osservazioni alla general confutazione risultante dalla pruova della nostra propria sentenza.

Per determinar ciò ch'è da intendere per possesso *civile* e *naturale*, Cupero prende una via decisiva per tutte le susseguenti sue ricerche: movendo dalla nozione del possesso *naturale*, ch'è una idea negativa, egli imprende a dimostrare che dee per esso intendersi il possesso *non giuridico*, e determina quindi il *civile* possesso come logicamente opposto al *naturale*, epperò come un possesso giuridico in generale. Non è dunque da maravigliare che il carattere proprio del possesso civile, e segnatamente il suo rapporto col dritto civile, gli sia sfuggito: ma ciò che reca stupore, è che Cupero, tanto profondo conoscitore della roma-

(1) Nelle giunte da lui fatte alla sua edizione di Cupero, egli ha disdetto cotale avviso. Ma nelle sue *Dissert. sul dritto civ.* pare che v'inchini di nuovo.

na legislazione, non siasi punto ricordato del particolar significato che il termine *jus civile* ha nel dritto romano. Già s' intende che niuna pruova diretta egli dà della sua interpetrazione del possesso civile: soltanto di passaggio, e come per rammentare cosa notissima, egli cita duo altre instituzioni (*cognatio civilis*, e *bonorum appellatio civilis*), le quali anzi di per se sole bastano per mandare a terra il suo sistema. Dopo avere in tal guisa poste le fondamenta di una interpetrazione al tutto falsa, di necessità dev'egli offendere i principi del dritto romano nelle più importanti applicazioni. Supponiamo infatti, che il possesso *civile* realmente denoti il possesso giuridico, ciò non può significare altro, se non che il possesso civile ha degli effetti giuridici, i quali al naturai possesso sono negati. Ma quali sono, secondo Cupero, questi effetti? Non solo la usucapione, ma tra vari altri ancora gli interdetti. Ora noi ci abbattiamo nelle Pandette a tale interdetto, che ha luogo altresì fuori del possesso civile (1). Adunque soli alcuni interdetti appartengono unicamente al possesso giuridico, ed a complemento dell'idea da noi datane è da dire, il possesso giuridico (*civilis*) esser quello che produce l'usucapione, o che alla più trista dà dritto agli interdetti *uti possidetis* ed *utrubi*; il possesso non giuridico (*naturalis*) esser quello che non porta questi effetti, benchè possa averne di altri, e particolarmente dar luogo all'interdetto *unde vi*. L'errore, che si commette nel fare questa pratica distinzione infra' differenti interdetti, non può mostrarsi tutto quanto è, se non più là quando tratteremo degli interdetti medesimi: ma poichè non è possibile immaginare una ragione perchè l'interdetto *de vi* dovess'essere manco giuridico degli altri, egli è già fin da ora evidente che i sostenitori di siffatta interpetrazione hanno attribuito a' romani giureconsulti una definizion degli interdetti arbitraria ed inconcludente. Il perchè, sarebbe difficile spiegar come possa Cupero in buona coscienza conchiudere la prima parte dell'opera sna con le tante lodi ch'egli largisce alla romana giurisprudenza, se già non si sapesse cosiffatto omaggio esser parte necessaria di ogni elegante scrittura. Da ultimo, noi abbiamo già notato (§. 7, n.° 1) la impossibilità, nella quale un tal sistema dovea metter Cupero, di convenientemente interpetrare i vari luoghi decisivi del dritto romano: intantoch' egli, che fu pure interpetre abilissimo, vedevasi astretto di supporre che Paolo si contraddicesse (2), contuttochè la cosiui spiegazione, fondata sopra idee semplici a segno di non aver mai dato luogo a controversia tra le diverse scuole, non desse il menomo appicco a tale rimprovero.

Niuna di tutte queste interpetrazioni non avendo avuta la felicità di essere generalmente approvata, molti autori han creduto che la via più sicura di raggiugnere il vero fosse quella di ammettere tutte le opinioni ad un tempo (3). Può lo scrittore a tal modo esser certo di non vedersi da lettore alcuno respinto del tutto: del resto, a coprir la contrarietà delle accozzate opinioni, hanno cotesti autori cercato di collegarle con ogni maniera di denominazioni comuni (4), e tanto è bastato per fare a chiusi occhi ammettere che non altrimenti sentissero i giureconsulti romani.

In tutto questo prospetto io non ho ricordato il solo autore che abbia scansati i soliti sbagli, cioè Donello: il quale appunto perciò, che non è caduto in alcuno de' detti errori terminologici, non può esser noverato tra' partigiani di alcuno de' ricordati sistemi. Ma trattando egli del possesso nel suo general sistema di tutto il dritto romano, non apparteneva al suo disegno nè di dar ragione del significato da lui tribuito a' termini romani, nè di entrare in una particolar discussione; senza le quali due cose è a lui stato impossibile di pienamente dichia-

(1) L. 1, §. 9, D. *de vi.*

(2) Nelle L. 1, §. 4. D. *de poss.*, e L. 26, pr. D. *de don. int. vir. et ux.*

(3) Tanto, in diversi modi, han fatto tra gli altri: Fachineo, *Controv.* lib. 8, c. 5. — Merenda, *Controv.* lib. 12, c. 15. — Tomasio, *Notæ in Digest.* lib. 41, tit. 2. — Oppenritter, *Summa possessionis*, P. 1, c. 2, §. 8-24. — Glück, *Comm. Pand.* P. 2, §. 180. — Spangenberg, *Del poss.* §. 115-118. — Più che ogni altro, Zachariæ, *Del poss. e della prescr.* p. 6 e seg. — Già tra' glosatori noi troviamo delineata questa maniera d'interpetrazione, in una glosa inedita di Pillio, sulla L. 38, §. 7, D. *de verb. obl.* (MS. Parigi, n.° 4187): «.... civiliter possidere dicitur multis modis: dicitur enim possidere quis civiliter, id est animo: dicitur possidere civiliter, id est juste: dicitur etiam possidere civiliter, id est de jure civili, et hoc ad personas refertur, ut hic.... »

(4) Per esempio: nel significato *largo*, *il più largo*, *ristretto*, *il più ristretto*, *formale*, *modale*, ec.

rare i termini e di premunirli contro qualunque scambio. A che se si aggiunge che le sue idee sul possesso, tanto precisamente da lui espresse, non sono in parte alcuna del suo sistema poste a profitto, nessuna maraviglia si avrà del poco conto fin oggi fatto della sua terminologia.

GIUNTA ALLA SESTA EDIZIONE.

Dopo la pubblicazione della quinta edizione di quest' opera, l' ultima opinione da noi testè confutata, cioè quella di Cupero, è stata nuovamente propugnata con molto calore: ed ecco come è andata la cosa. Già da parecchi anni era corsa voce che il professore Erb, di Heidelberga, avea trovata una novella spiegazione del *possesso civile*, contenente una compiuta confutazione della nostra. Molti scritti avevano prodotto delle porzioni di questa scoverta (1), ma non peranco se ne poteva intender lo intero. Thibaut l'aveva più volte annunziata, ma nella settima edizione delle sue *Pandette* professava ancora la nostra opinione (2). Nelle sue lezioni egli passò nel nuovo campo, e quando le sue lezioni furono uscite in istampa (3), il pubblico fu posto in grado di valutare tutto quanto il sistema. Nella ottava edizione delle *Pandette* egli sostituì del tutto la nuova opinione a quella da lui professata per addietro (4), ed alla perfine compiutamente la produsse e difese in un particolare trattato (5).

Ma nel tempo che la nuova scoperta non era ancor conosciuta che a spizzico, la nostra sentenza trovò un difensore, il cui scritto per la sua profondità e per la diligenza usatavi dall' autore meritò le lodi dello stesso nostro avversario principale (6).

Ora ecco in che consiste la nuova spiegazione (7). Il termine *civilis possessio* è, secondo essa, sinonimo di *possessio* senz'altra aggiunta, o di possesso giuridico: esso denota quel rapporto con una cosa, il quale ci dà il dritto d' invocar gli interdetti. La ragione di siffatta denominazione sta in ciò, che gli interdetti sono delle instituzioni civili ovvero positive, ed appartengono per conseguenza al dritto civile. Bisogna nondimeno guardarsi dal credere che tutti gli interdetti presuppongano il possesso civile; non essendo ciò vero, se non del solo interdetto *retinendæ possessionis*, perciocchè quello *de vi* si dà pure a chi abbia il semplice possesso naturale. Uopo è dunque aiutar la definizione, dicendo che possessori, nel senso stretto, sono i detentori di una cosa forniti di tuttiquanti i *remedia possessionis:* nel qual modo i possessori naturali son lasciati da canto, col proposito di stabilir per essi una eccezione (p. 362).

Noi abbiamo esposto (§. 7) la nostra sentenza, fondata sopra ragioni esegetiche, ed anco aggiunto già parecchie osservazioni nelle note: l' opera particolarizzata di Thon contiene il resto delle confutazioni. Nulla qui abbiamo da aggiugnere in quanto alla spiegazione de' singoli passi: e però rimettendoci del tutto a' lettori, che decidano tra noi ed i nostri avversari, soggiungeremo soltanto alcune osservazioni generali.

Primieramente, non comprendiamo come questa spiegazione abbia potuto passare per invenzione di Erb, quando essa è talmente conforme a quella di Cupero, che quasi tutto quanto in questo paragrafo dicevamo (or fanno 33 anni) in confutazione di quest'ultima, letteralmente si adatta alla prima.

Dipoi, secondo Thibaut, il possesso buono agli interdetti non a caso è chiamato *civilis*, ma si perchè gli interdetti appartengono al dritto civile o positivo (p. 331). Ma in che mai l' interdetto *de vi* è meno di ragion positiva o civile, che non sia quello *uti possidetis?* Eppure è detto, il primo aver luogo anche senza possesso civile! Con chi dia passata a tanto manifesta inconseguenza, contentandosi del meschino ripiego che ogni regola abbia le sue eccezioni, il discutere è impossibile.

Non è già la falsa definizione de' termini, che qui, come presso Cupero, massimamente rileva; sibbene quella pratica conseguenza inevitabile, che il pigionale o il colono abbiano l' interdetto *de vi*. Si addita (361 e 362) un motivo generale, che molto più francamente si esprimerebbe così: L'interdetto *uti possidetis* concerne unicamente i disturbi che danneggiano il fittaiuolo, sen-

(1) Gans, *Scolii su Caio*, p. 267. — Johannsen, *Definizioni ideologiche ec.* Heildelberg, 1831.
(2) §. 296 (1828); la nota (r) rinnova l'annunzio della spiegazione di Erb.
(3) Braun, *Discussioni in aggiunta a Thibaut.* Stuttgart, 1831, p. 294.
(4) §. 209 (1834).
(5) Thibaut, *Del poss. civile*, nell' *Archivio ec.* t. 18, p. 315-364 (1835).
(6) Thon, *Del poss. civ. e natur.* nel *Museo Renano*, t. 4, p. 95-141 (1830). Conf. Thibaut, p. 352.
(7) Thibaut, p. 331, 332, 337, 362.

za detrimento alcuno del locatore, il quale perciò non se ne brigherà: dovechè la dejezione è di tanto rilievo al locatore, e mette la sua futura vendicazione in sì grave pericolo, ch'egli non mancherà di proteggere se medesimo ed il fittaiuolo, mediante l'interdetto. Bisognerebbe dunque dare al fittaiuolo l'interdetto *uti possidetis*: di quello *de vi* non ha egli che farsi, perchè sarà cura certamente del locatore d'invocarlo. — Ma questo general ragionamento non può bastare, dove sia bisogno una testimonianza positiva. Compariamo un poco i seguenti passi:

L. 9, D. *de rei vind.*... « apud quem depositta erat, vel commodata, vel qui conduxerit... hi omnes *non possident* ».

L. 3, §. 8, D. *uti poss.* « Creditores missos.... interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, *quia non possident* ».

L. 6, §. 2, D. *de prec.* « Colonus et inquilinus sunt in prædio: et tamen *non possident* ».

L. 1, §. 9, D. *de vi*: « Dejicitur is *qui possidet* ».

L. 1, §. 23, D. *de vi*: « Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei qui tunc, cum dejiceretur, *possidebat*: nec alius dejici visus est, *quam qui possidet* ».

Questi cinque luoghi sono tutti dello stesso autore, cioè Ulpiano. Ora, è egli da credere che quel medesimo autore, il quale niega la *possessio*, e quindi lo stesso interdetto *uti possidetis*, al creditor mandato al possesso, al colono o pigionale, ec.; che quel medesimo autore, che sommette espressamente alla condizione del *possidere* l'interdetto *de vi*; sia disposto a conceder questo interdetto alle dette persone sfornite di possesso (*qui non possident*)? — In un altro luogo lo stesso Ulpiano compara gli interdetti *retinendæ possessionis* con quello *de vi*, nè altra differenza vi trova, se non che i primi conservano il possesso turbato, il secondo restituisce il perduto (L. 1, §. 4, D. *uti poss.*). Egli è quasi impossibile a chi senza preoccupazione legga questi passi, di ammettere che Ulpiano abbia nello interdetto *uti possidetis* supposto per *possessio* uno stato tutt'altro che nello interdetto *unde vi*.

Thon (p. 140) ha già fatto sentire di quanta importanza sia la L. 1. C. *si per vim*. Thibaut (p. 363) spiega il nome *colonus* dicendo ch'è uno, a cui il proprietario abbia concesso una casetta ed un giardino, incaricandolo nello stesso tempo di aver cura dell'intero podere. Noi lasciamo che anche di questa interpetrazione giudichi il lettore.

Intantochè la esposta scoperta veniva a luce qua e là, ma sfornita di tutti gli schiarimenti desiderabili, la stessa idea fondamentale comparve modificata nella seguente opera: Wiederhold, *Dell'* INTERDICTUM UTI POSSIDETIS *e della* NOVI OPERIS NUNCIATIO. Hanovia, 1831. Secondo questo autore, la *civilis possessio* è il possesso accompagnato dall'*animus domini*, il quale non può immaginarsi senza di una giusta causa, benchè si possa senza della buona fede. *Naturalis possessio* è il possesso accompagnato dall'*animus possidendi*, senza giusta causa, epperò senza *animus domini*: alla qual classe appartengono il creditore col pegno ed il possessor violento (*dejector*). Da questi due possessi differisce la semplice detenzione a nome altrui, senza *animus possidendi*; qual è il caso dell'affittaiuolo. Il possesso civile dà il dritto d'invocare tutti gli interdetti, e s'aspetta all'attore il provare la giusta sua causa; il possesso naturale dà dritto all'interdetto *de vi*, ma non a quello *uti possidetis*; la detenzione, infine, non è guarentita per alcuno interdetto (p. 5-14). Il possesso civile esiste in caso di precario e di sequestro, ma come una singolarità; il creditor sopra pegno ha il possesso naturale; l'enfiteuta non ne ha alcuno (p. 20-26). La ragione allegata della differenza, ch'è tra i requisiti de' due principali interdetti, si è che l'interdetto *uti possidetis* dee soltanto servire a determinar la condizione di due pretendenti alla proprietà, e non punto ad impedire de' semplici turbamenti (pag. 85 e seg.). — Non è calcolabile quanto lungi dal vero possa esser tratto chi per difetto di severa critica premia le mosse da una falsa idea fondamentale, e proceda sempre deducendo, senza pur soprassedere alcuna volta ad esaminare il risultato del suo lavoro.

Un'altro scritto è in questo mentre (1) venuto fuori: Burchard, POSSESSIO CIVILIS *non è sinonimo nè di* POSSESSIO AD USUCAPIONEM, *nè di* POSSESSIO AD INTERDICTA. Nell'*Archiv. civil. Prat.* l. 20, p. 14-53. Heidelberga, 1837.

(1) Già molta parte della sesta edizione era pubblicata, allorchè l'autore ricevette l'opera, di cui si sta per ragionare; il perchè fu costretto ad esporla e confutarla altrove. Ma essendo questo il proprio luogo di tale disamina, abbiamo creduto meglio uniformarci a quelli che ve l'hanno trasportata. (*Trad.*)

Il titolo di questa scrittura indica già con bastante precisione la sentenza dell'autore. L'idea della *possessio civilis* (egli dice) è presa in troppo ristretto senso da Savigny, poichè tale espressione comprende del pari più di un possesso incapace alla usucapione: Thibaut (egli continua) l'ha preso in senso troppo largo, giacchè vi sono possessi che danno gli interdetti e che nondimeno quel nome non hanno: adunque, sola vera è la sentenza di mezzo.

Tale idea principale è dipoi sviluppata nel modo seguente (p. 16, 17, 40). In principio, la teoria de' giureconsulti (*jus civile*) formò una determinata nozione di *possessio civilis*, perchè servisse a taluni pratici fini. In processo di tempo, fu pubblicato l'editto pretorio, il quale introdusse degli interdetti possessorii, ma nelle condizioni poste al soccorso di tali interdetti si appartò in più guise dall'antica nozione della *possessio civilis*, e formò così un certo grado mezzano. Quindi innanzi, il possesso si presenta in tre differenti rapporti:

1.° Il possesso civile (*possessio civilis*), con gli antichi effetti attribuitigli dal dritto civile;

2.° Il possesso buono agli interdetti (*possessio ad interdicta*);

3.° Il possesso privo di ogni effetto giuridico.

I due ultimi casi erano designati a comune con la espressione *possessio naturalis*, e così contrapposti alla *possessio civilis;* tanlochè il possesso naturale talvolta dava dritto agli interdetti, tal altra no.

L'autore enumera dipoi le condizioni, sotto le quali si può ammettere un possesso civile (p. 18, 28, 31, 40): ciò sono, 1ª *animus domini;* 2ª una cosa che sia in commercio; 3ª e che al tempo stesso sussista di per sè, cioè a dire che non sia parte di un'altra; 4ª che il possessore sia libero di se medesimo (*sui juris*). Altre condizioni non possono esser richieste: in guisa che il possessor di mala fede (qual è il ladro ed il violento) ha pure un possesso civile (p. 42, 52). — Il possesso buono agli interdetti richiede soltanto alcune delle dette condizioni.

La prima condizione soggiace a questa eccezione, che due sorte di persone hanno dritto agli interdetti, contuttochè non posseggano *animo domini* (p. 21-23): *a*) chiunque ha la detenzion della cosa per effetto di un dritto reale, e però il creditor sopra pegno, l'enfiteuta, il superficiario, l'usufruttuario, o l'usuario; *b*) chiunque tien la cosa per virtù di precario o di sequestro, ma soltanto nel caso di spezial convenzione.

La 2ª e la 3ª condizione sono invariabili.

Ma rispetto alla 4ª è da distinguere che il figlinol di famiglia può qualche volta ricorrere agli interdetti, congiuntamente col padre per lo peculio antico (1), e di per sè solo per lo peculio militare, quasi militare, e quello che si chiama avventizio straordinario (2) (*castrense*, *quasi castrense*, *adventitium extraordinarium*).

Pertanto, con tali condizioni il possesso buono agli interdetti è più esteso del possesso civile; ma sotto altre condizioni è più ristretto. Perciocchè, in tutti i casi in cui gli interdetti sono conceduti a chi non ha l'*animus domini* (eccetto il caso del precario), essi sono negati a chi ha l'*animus domini* ed insieme con questo il vero possesso civile: ch'è la ragione, per cui, segnatamente nel caso della superficie, dell'usufrutto e dell'uso, gli interdetti non sono dati al proprietario (p. 25-28, 42).

L'autore ben si accorge che ne' giureconsulti dell'antichità l'idea del possesso civile

---

(1) Cioè quello provegnente al figliuolo dalla stessa sostanza paterna, o che anche provvenutogli altronde, s'intendeva nondimeno anticamente che appartenesse al padre. Perocchè, come lasciò scritto Dionisio di Alicarn. lib. 8: « I Romani non posseggono nulla di proprio, fintantochè dura la vita de' loro padri; ma la pecunia e le stesse persone de' figliuoli sono in potere ed arbitrio de' genitori, a' quali va ogni loro acquisto, quasichè fatto da servi ». Gl'Imperatori poi per adescare i giovani alle fatiche della milizia, e farseli amici, concessero prima ai figliuoli di famiglia la piena proprietà di quanto avesser guadagnato nello esercizio delle armi, e quindi a non molto vi aggiunsero il peculio quasi militare, cioè il guadagno tratto dal servir lo stato negli uffizi civili (*in toga*). Da ciò venne a poco a poco la distinzione tra peculio profettizio ed avventizio, il primo regolato ancora com'era anticamente ogni acquisto del figliuolo, il secondo lasciato in piena sua proprietà: la qual distinzione fu primieramente statuita da Giustiniano. Vinnio, *Com. ad* Inst. lib. 2, tit. 9, §. 1. n.° 1. (*Trad.*)

(2) Del peculio avventizio ordinariamente la proprietà era del figliuolo, l'usufrutto e l'amministrazione apparteneva al padre. Ma v'erano casi, ne' quali il padre o non aveva alcun dritto nel detto peculio, o avendolo, il perdeva. In tali casi (che si posson leggere in Eineccio, *Elem. jur.* §. 517) i dottori chiamavano il peculio avventizio *extraordinarium*, ed anche *irregulare*, o pure *plenum*, a differenza dell'*ordinarium*, *regulare*, *minus plenum*. (*Trad.*)

non fu il trovato di una oziosa speculazione, ma che gli attribuirono alcune pratiche conseguenze, le quali appunto essi vollero con siffatta espressione stabilire. Perciò egli addita i quattro effetti seguenti (p. 19, 20):

A. Colui che aveva il possesso civile di una cosa, dovea dichiararlo, perchè fosse compresa nel suo censo.

B. Egli dovea pagarne la imposta (senza dubbio il tributo serviano) (1).

C. Ciascuno poteva intentar contro lui l'azione vendicatoria, ed egli potea dal canto suo giuridicamente difendersi.

D. Poteva usucapire; ma questo dritto ordinariamente non gli competeva, se non quando altre condizioni, cioè la buona fede ed il titolo, davano compimento al suo possesso.

Per tal modo, nello stabilire l'idea del possesso civile, i giureconsulti avrebbero, a propriamente parlare, voluto soltanto dire che un fittaiuolo, un usufruttuario, un figliuol di famiglia, ec. non potrebbe mai pretendere alcuno de' detti quattro vantaggi.

Tali sono i fondamenti di una nuova teoria, la cui storica deduzione a noi pare erronea del tutto. La formazione dell'idea del possesso civile e lo giuridiche espressioni (*civilis* e *naturalis*) aggiuntevi portano in sè tale un carattere scientifico, tecnico, che ben può appartenere ad una età letteraria del dritto, ma che non dee punto aspettarsi da un tempo anteriore all'editto pretorio. — Ma, lasciando anche stare questo assurdo istorico, è nostro desiderio di convincere l'autore che il suo sistema è molto più conforme al nostro, ch'egli stesso non pensi. Gli effetti o vogliam dire le significazioni pratiche del possesso civile, per lui sono quattro; noi ne riconosciamo una sola. Supponiamo ora, che potessimo provargli che tra i suoi quattro effetti ei ve n' ha tre che non sono punto fondati; restando allora il solo quarto, cioè la usucapione, i nostri due sentimenti si riscontrerebbero. Proviamoci.

(1) Cioè quello che si pagava ragguagliato alla propria facoltà di ciascuno descritta nel catasto, *tributum quod conferebatur ex censu;* del qual modo d'imposizione si dice che fosse inventore Servio Tullio, perchè sotto i precedenti re di Roma si pagava tanto per testa, senza distinzione alcuna di facoltà nè di persone, *adeo ut quum regi opus esset pecunia, aequo pauperes ac divites onere premerentur.* Creda chi può. (*Trad.*)

I primi due effetti ch'egli attribuisce al possesso civile, si risolvono in un medesimo; perciocchè non di altri beni pagavasi la imposta serviana, se non appunto di quelli dichiarati al censore. Ma egli è parimente certo che la sola proprietà quiritaria era compresa in siffatti beni, ed il possesso civile, quale Burchardi lo intende (che comprendeva egualmente l'occupazione del rubatore e del violento), non ci entrava per niente. Sarebbe, infatti, troppo ardire l'ammettere che la roba rubata ed il violento possesso di fabbriche e terreni potesse valere appo il censore per titolo di maggior grado, fino forse ad introdurre di tal sorte possessori nell'ordine de' cavalieri. Oltre a ciò, non è da dimenticare che di quel tempo non esistevano ancora interdetti, e che perciò la sola lunga procedura relativa alla proprietà poteva procurare la reintegrazione di tutti i dritti manomessi. — Quanto al terzo effetto indicato dall'autore, cioè la capacità di difendersi dalla vendicazione, non è esso meglio fondato de' due precedenti. Ecco come stava la cosa. Secondo Gaio (IV, §. 16) l'attore nella vendicazione profferiva queste parole: *Hunc ego hominem ex j. q. meum esse ajo:* il reo, dal canto suo, diceva il medesimo. Sèguita (dice il nostro autore) che un fittaiuolo o un usufruttuario non poteva far da convenuto, perch'egli era incapace di sostener con la detta formola la qualità di proprietario, e questo appunto s'è voluto significare col porre l'*animus domini* per prima condizione del possesso civile. Ma egli è evidente che l'autore qui prova troppo. Infatti, nessuna ragione vi era, per la quale il rubatore e lo scacciatore (*dejector*) potessero la detta formola pronunziare nella contravvendicazione (*contravindicatio*) piuttosto che non l'affittaiuolo; e nondimeno il nostro autore riconosce in essi il possesso civile, e però certamente la capacità di presentarsi in giudizio da convenuti. Invano si dirà che il rubatore ed il discacciatore han celato il loro essere e preteso di esser proprietari, perciocchè il simile può dirsi del fittaiuolo che ha un revindicante estranio per avversario: ma generalmente è vietato il fare di tali supposizioni, dove si tratti d'interpetrare il senso di una instituzione giuridica. Il vero è, che tutta quanta l'antica rovindicazione era simbolica; e che quindi il medesimo ora di una delle sue parti, cioè la contravvendicazione, ch'era ciò che noi chiamiamo la contestazion negativa della li-

te, vale a dire gli argomenti dal convenuto opposti alla domanda dell'attore, i quali il ladro ed il fittaiuolo erano così capaci di contrapporre, come il proprietario vero o putativo. La simbolica espressione di siffatta contraddizione era per altro indifferente. Se bisognasse prendere alla lettera coteste vecchie formole, giammai la cession solenne (*in jure cessio*), per dirne una sola, non sarebbe stata possibile. Avvegnachè quivi altresì l'acquirente doveva operare una vendicazione, o quindi pronunziare le sopraddette parole, benchè ed esso e l'avversario e lo stesso pretore sapessero benissimo ch'egli non era proprietario. Effettivamente adunque la forma della contravvendicazione non era mai pei fittaiuolo un impedimento a presentarsi come reo convenuto; e troppa licenza è quella di Burchardi, quand'egli ritira a questa vecchia formola la questione agitata dappoi, se possa la vendicazione usarsi contro ad uno affittaiuolo, ec. — Se dunque tre degli effetti additati dall'autore sono privi di fondamento, solo il quarto, cioè la usucapione, sussisterà; ed allora la *possessio civilis* non è mai stata altro che la *possessio ad usucapionem*, ed ogni disformità di opinione tra l'autore e me si dilegua.

Ma quando pure i tre effetti da noi respinti fossero originariamente entrati nella formazione dell'idea della *possessio civilis*, non avrebbero poi potuto continuare a sussistere, se non altro, quando la giurisprudenza si era del tutto formata, e segnatamente al tempo di Ulpiano. Perciocchè allora il censo, che un tempo si faceva ogni cinque anni (*lustrum*), era diventato un'antichità (Ulp. I, §. 8). Quanto alla imposizione in su' beni de' cittadini romani, essa era già cessata con la guerra di Macedonia.

Finalmente, al tempo di Ulpiano la contravvendicazione dell'antico dritto non era più necessaria, siccome osserva lo stesso nostro autore (p. 19). Cosicchè, anco trasferendoci affatto nella mente dell'autore, bisognerebbe nondimeno ammettere che la originaria differenza tra *possessio civilis*, e *possessio ad usucapionem* sia del tutto scomparsa: e se noi potessimo interrogare Ulpiano del pratico significato di *possessio civilis* al tempo suo, certo è ch'egli, anche dopo aver letto il trattato di Burchardi ed essersi persuaso del contenuto di quello, non potrebbe altra risposta dare, che questa: *Possessio civilis* è quel possesso che mena alla usucapione.

Se lecito fosse restringerci alle considerazioni sposte fin qui, noi dovremmo dire, la interpetrazione data da Burchardi essere un saggio novello, ma poco felice, di determinar l'idea del possesso civile mediante la storia del dritto di possesso. Ma uno error di teoria raro volte si limita a sì poco male: ed ecco, infatti, il Burchardi ha frammista alla sua teoria una materia che non l'era niente necessaria e che ha rimesso in piena confusione un gran numero di punti, i quali parevano incontrastabilmente stabiliti in fatto di possesso. Intendo dire di quel pareggiamento, già da me ricordato più sopra, che l'autore fa di tutti coloro i quali hanno un dritto reale in sulla cosa da lor posseduta. Pretende egli, ch'eziandio senza *animus domini* costoro hanno gli interdetti possessorii, e che appunto perciò il proprietario non abbia in tali casi il dritto d'invocarli. Tali sono il creditor sopra pegno, l'enfiteuta, il superficiario, l'usufruttuario e l'usuario. Noi abbiamo sempre, contro a questa opinione, sostenuto ch'essa potesse soltanto quadrare a' due primi casi, per la natura affatto particolare di questo instituzioni legali, e non mica per la general natura de' dritti reali; e che negli altri tre casi, gli interdetti guarentivano il possesso pieno ed intero della cosa nel proprietario, non proteggevano possesso alcuno della cosa nel detentore di un *jus in re*, ma soltanto quella stessa *juris quasi possessio*, la quale secondo l'autore non ha rapporto alcuno con gli interdetti, ma solamente con la usucapione. Or quale di queste opinioni è la vera? Noi invertiremo in questa ricerca l'ordine già tenuto, e cominceremo dall'usufrutto e dall'uso: dove ciò che veramente importa, è di sapere se il proprietario abbia o no il dritto di ricorrere agli interdetti.

La condizion generale per avere gli interdetti è che si possegga (*possidere*).

L. 1, §. 9, 23, *de vi:* « Dejicitur is *qui* « *possidet*. — Interdictum autem hoc nulli « competit, nisi ei qui tunc, cum dejice- « retur, *possidebat*, etc. »

L. 3, §. 8, D. *uti possidetis:* Creditores « missos in possessionem.... interdicto uti « possidetis uti non posse: et merito, *quia* « *non possident* ».

Ora, applichiamo questo *possidere* al fatto dell'usufrutto, e

1.° Al proprietario:

L. 52, pr. D. *de adqu. poss.* « Neque *im-*

« *pediri possessionem si alius fruatur* ».

2.° All' usufruttuario:

L. 6, §. 2, D. *de prec.* « Fructuarius et « colonus et inquilinus sunt in praedio et « tamen *non possident* ».

Fragm. Vaticana, §. 90: « Usufructu le- « gato... *non possidet* legatum, sed potius « fruitur. Inde et interdictum uti possiden- « tis *utile* hoc nomine proponitur, et unde « vi, *quia non possidet* ». Ed il medesimo è detto nel §. 91.

Dalla comparazione di questi luoghi ri-sulterà senza dubbio, che gli interdetti debbono competere al proprietario, e che l'usufruttuario non ha il dritto di ricorrervi, salvochè non gli sieno conceduti per estensione degli interdetti originari, a cagion della sua *juris quasi possessio*: ond'è poi da conchiudere che ambidue debbano aver gli interdetti, così contro un terzo, come l'un contro all'altro, ciascuno a fin di proteggere i limiti del proprio possesso. — Ma ciò, che da' citati testi si ha soltanto per illazione, è direttamente stabilito dal luogo seguente:

L. 4, D. *uti poss.* « In summa puto di- « cendum, et inter fructuarios hoc inter- « dictum reddendum: *etsi alter usumfru- « ctum, alter possessionem sibi defendat* ».

Questo testo dice in termini chiarissimi, che in una lite possessoria tra 'l proprietario che difenda il suo possesso, e l'usufruttuario, abbia luogo l'interdetto: il proprietario dunque non ha punto perduto, per la costituzion dell' usufrutto, il dritto di ricorrere agli interdetti. Ma il citato luogo dei Frammenti Vaticani ci chiarisce meglio circa l'interdetto dell' usufruttuario, dicendo ch'esso è *utile*; la quale espressione talora indica lo stato anomalo del possesso in cui l'interdetto si fonda, cioè la *juris quasi possessio*, e talora serve di riscontro all' interdetto *diretto* competente ad un'altra persona, cioè al proprietario. Da ultimo, l'autore nega formalmente che la *juris quasi possessio* sia qui il fondamento degli interdetti; ma il contrario si ha espressamente nel passo che segue:

L. 3, §. 17, D. *de vi:* « Qui ususfructus « nomine qualiter qualiter *fuit quasi in pos- « sessione, utetur hoc interdicto* ».

Questo sentimento è pure il solo che sostener si possa in quanto alla pratica; ed un solo esempio ci basterà per mostrare a quali assurde conseguenze conduca la dottrina di Burchardi. Quando alla morte dell' usufruttuario il proprietario raddomanda il fondo, ed è a viva forza respinto dall'erede di quello, egli ottiene, giusta i principii riconosciuti ne'testi da noi citati, l'interdetto *de vi*. Ma, stando alla dottrina dell' autore, egli non ha interdetto alcuno, dapoichè nel fare una costituzione di usufrutto ha egli perduto ogni possesso acconcio agli interdetti, Secondo l'autore, al proprietario non resta che la vendicazione: può darsi certamente ch'egli abbia ancora un'azion personale derivante dalla cauzione, ma quest' azione è affatto accidentale, quando che dipende dalla volontà del proprietario di esiger la cauzione ovvero rimetterla, e che al solo testatore è vietato con siffatta remissione costringere anticipatamente l'erede della nuda proprietà (L. 7, C. *ut in poss.*).

Lo stato del possesso dell' uso è proprio il medesimo che di quello dell' usufrutto: e questa egualità vedesi espressamente statuita nella L. 4, D. *uti poss.*

Quant' è alla superficie, il seguente passo diffinisce lo stesso:

L. 3, §. 7, D. *uti poss.* « Ceterum super- « ficiarii proprio interdicto..... utentur: « *dominus autem soli tam adversus alium, « quam adversus superficiarium potior erit in- « terdicto uti possidetis*, sed Praetor super- « ficiarium tuebitur secundum legem loca- « tionis ».

Anzi qui il giureconsulto ha fatto di più: egli si è preso la cura d'indicare il nome particolare dell'interdetto, acciò non si potesse scambiare il vero rapporto statuito; mentrechè circa all' usufrutto, la general denominazione *de vi* ovvero *uti possidetis*, e l'avere il Digesto omessa la qualificazione di *utile*, hanno tratto Burchardi insieme con tanti altri autori in gravissimo errore.

Anche il modo di possedere del creditor sopra pegno è nelle nostre fonti sviluppato più per minuto, che quello dell' usufruttuario (*V.* appresso, §. 24). Il creditore ha solo egli il vero possesso, escludendone affatto il debitore: per conseguenza a lui solo altresì competono gli interdetti, nè il debitore ha dritto di ricorrervi. Ma il creditore non può usucapire, ed affinchè la usucapione non sia interrotta in danno di entrambi, il debitore è per eccezione alla regola considerato (ma solo in quanto alla usucapione) come se veramente possedesse. Il creditore adunque è nella condizione diametralmente opposta a quella, in cui più sopra abbiam veduto l' usufruttuario:

e considerando la diversità delle espressioni a bello studio adoperate dalle nostre fonti di diritto, a fatica si comprende come l'autore abbia potuto tentar la prova di pareggiare i due casi. Questa differenza, del resto, ha una pratica spiegazione al tutto soddisfacente. Fondandosi il pegno, giusta la espressione così ben trovata da Thibaut, sulla diffidenza del creditore, i mezzi di proteggere il possesso han dovuto essere esclusivamente posti in sua mano; dovechè simigliante diffidenza è affatto estrania alla natura dell'usufrutto.

Finalmente l'enfiteuta ha il vero possesso, e per conseguente il dritto di ricorrere agli interdetti; il proprietario nè l'uno nè l'altro: la quale anomalia noi ci siamo ingegnati dedurre da storiche cagioni (*v.* §. 9, 12*a*, 22*a*, 24). Ma impossibil cosa è che anche coloro, i quali non istoricamente come noi spiegano il possesso dell'enfiteuta, ma lo deducono da' pratici rapporti di cosiffatta instituzione (*Agg.* al §. 9), trovino un motivo di pareggiare, come fa l'autore, la enfiteusi e l'usufrutto. Conciosiachè nell'enfiteusi il proprietario non ha, propriamente parlando, alcun dritto positivo ed attuale; ma tutte le sue pretensioni debbono limitarsi a riscuotere il canone ed il così detto laudemio (*laudemium*). Il momento della riversione è maisempre certo e prossimo nell'usufrutto, ma esso è sempre lontano e fortuito nelle enfiteusi: ed anco ne' casi, in cui la riversione ha luogo, nell'usufrutto il proprietario può sempre dimandarla col solo fondamento immancabile del contratto di costituzione, dovechè nella enfiteusi egli è spesso necessitato d'impigliarsi nella pericolosa prova della proprietà. L'enfiteusi dunque e l'usufrutto a gran pezza differiscono, nè motivo alcuno ha il Burchardi di volere all'una e all'altro attribuire eguali dritti di possesso.

In una appendice, l'autore s'è studiato dedurre in modo al tutto nuovo il divieto di donazione infra coningi, ed applicare tal novella teoria al possesso civile (p. 36–40, p. 42). Ei pretende che siffatto divieto provenga dalla *in manum conventio* dell'antico diritto, in cui la moglie non avea beni suoi propri nè aver poteva possesso alcuno civile, perocch'essa era *alieni juri*. Ma, così essendo, il detto divieto non avrebbe dovuto restrignersi alle donazioni, ma tutte le alienazioni comprendere: e come sarebbe mai nata l'assurda idea di vietare nel matrimonio libero quello stesso ch'era impossibile nel matrimonio stretto (1), mentrechè tutti i dritti relativi a' beni furono pel matrimonio libero ordinati indipendentemente, anzi in una compiuta opposizione con lo stretto matrimonio?

Più di un autore certamente ci biasimerà di tanto minuta confutazione. Ma si può egli tacere, quando si vede che tutti i punti, i quali parevano definitivamente fermati, sono risospinti nell'antica confusione? Un saggio come quello del Burchardi può parer buono da un lato solo della materia; ma l'essenziale, ch'è l'intima congiunzione e conformità con tutto il resto, gli manca. Noi siamo persuasi che se l'autore, la profondità della cui mente s'è rivelata in tanti eccellenti lavori, non si fosse lasciato vincere al piacere di far novità, bene avrebbe egli stesso sentito che il suo concetto non era cosa da potersi sostenere.

§. 11. *Possessio plurium in solidum.*

La ricerche intorno alla idea del possesso sembrano oramai compiute. Tutto vi si riassume in questi due quesiti: Qual è la significazione giuridica del possesso in dritto romano (§. 2–8)? E quali sono gli elementi costitutivi del possesso, cioè a dire le condizioni richieste per la sua esistenza (§. 9)?

Tutta la teoria, che sta per seguire, ha la detta idea per fondamento immediato, dappoichè ogni acquisto o perdita del possesso contiene un'applicazione o una modificazione di quella. Ma tra le regole emergenti dalla nozion medesima del possesso, una ve n'ha siffattamente generale, ch'ella tocca tutte le parti della nostra teoria, e che noi crediamo esser questo il luogo di svilupparla.

Questa regola è, che POSSESSO NON VUOL COMPAGNI: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Noi qui esamineremo il suo senso e la sua verità: la qual disamina ci porgerà nel tempo stesso la occasione di chiarire col mezzo di particolari applicazioni le

(1) Chiamasi qui matrimonio *libero* quello in cui la donna (*matrona*) non passava di persona nè di beni nella potestà del marito, per opposto al matrimonio *stretto*, ovveramente solenne, che si faceva con uno de' tre modi, *confarreatione*, *coemtione*, *usu*, dove la donna (*materfamilias*) passava con tutta la sua roba in poter del marito. (*Trad.*)

nostre conclusioni terminologiche, meglio che non abbiam potuto fare nella sposizione di nozioni generali.

Il possesso, di cui qui si tratta, è quello di più persone in sulla *medesima* cosa (*in solidum*). Quando più persone possedono una cosa *in comune* (la *compossessio* de' giureconsulti moderni), di maniera che i loro possessi mutuamente si restringano, solamente in apparenza la stessa cosa costituisce l'obbietto di lor possesso, perciocchè nel vero ciascuno di essi possiede per se solo *una parte* della cosa, e non ha possesso alcuno del resto; poco montando in dritto che le parti non sieno realmente, ma solo idealmente separate. Ciascuno dunque possiede una cosa sua particolare, e tutti sono infra loro pressochè nel rapporto medesimo dei possessori di due case contigue. Ecco perchè nè il termine *compossessio* nè l'idea da esso rappresentata non s'incontrano appo i romani giureconsulti; i quali si limitano a determinare fino a che punto ciascuno possa possedere per sè una parte ideale di alcuna cosa; e da ciò passando alla possibilità che altri possegga il rimanente, stabiliscono che il rapporto tra siffatti compartecipi non ha niente di particolare.

Ha ravviluppato l'esame di questa materia il dissenso ch'era tra gli stessi giureconsulti romani. Alcuni negavano assolutamente la possibilità del possesso in solido; altri da questa negazione eccettuavano taluni casi; come per esempio dicevano che il giusto possesso di uno non poteva essere escluso per lo ingiusto possesso di un altro, ec. Le differenti restrizioni di questa seconda opinione non ancora c'interessano, bastandoci qui di generalmente considerarla come opposta alla prima, e però porre il quesito in questi termini: Possono più persone avere il possesso di una cosa medesima? Quando fosse risoluto che sì, noi avremmo tutto l'agio di occuparci delle condizioni di tale possibilità.

La generale espressione del detto quesito per se stessa dimostra che il suo obbietto è il possesso (*possessio*). Ma questa parola denota il possesso a due modi; talora significa il rapporto naturale della detenzione, tal altra il possesso giuridico, cioè a dire la condizione della usucapione e degli interdetti (§. 7, n.° 5): or qual è il senso, in cui dobbiamo qui prenderla? La regola, che intorno a ciò stabilimmo più sopra, di leggieri il deciderà. In fatti, giacchè il nostro quesito è materia alle investigazioni de' giureconsulti romani, non vi si può trattar che del possesso giuridico; avvegnachè la natural detenzione, non contenendo elemento alcuno giuridico, nè quindi avendo alcun giuridico effetto, non poteva esser materia di legali ricerche.

Adunque, trattasi qui del solo possesso giuridico, cioè di quello risguardante alla usucapione ed agli interdetti (§. 7, n.° 3): la qual preliminare restrizione del quesito già ribatte una gran parte delle erronee risposte, che sino al presente ha ricevute. Perciocchè taluni credono che veramente *lo stesso effetto* del possesso non possa profittar che ad un solo, ma che un possesso di più persone, producente effetti diversi, non sarebbe poi inconcepibile: ma il vero è, che due soli effetti del possesso vi ha, e che questi son tali, che un solo e medesimo possesso forma la condizione della loro esistenza. Altri hanno ammesso che uno possa avere il possesso civile, un altro il naturale, escludendo soltanto il concorso alla stessa sorta di possesso: ma tal concetto è parimente vano, perciocchè il possesso naturale, che secondo essi potrebbe coesistere con l'altrui possesso civile, o esso medesimo è un possesso giuridico, e in questo caso (trattandosi qui di possesso *in generale*) non differisce in nulla dal possesso civile; o non altro è che una semplice detenzione, ed allora non può essere obbietto di giuridiche ricerche.

Ma volendo ammettere che più persone possono nello stesso tempo avere il medesimo possesso, egli è evidente che ciò non potrebbe farsi altrimenti che mercè di una finzione di dritto. In fatti, la idea originaria del possesso naturale (§. 1) conteneva la possibilità fisica di operare in sulla cosa, com'è del possesso di una moneta ch'altri tenga in sua mano: la qual sorta di possesso non può immaginarsi, che in una sola persona. Ma il possesso, nella qualità sua di un dritto, spesso è per finzione supposto in tali casi, ne' quali la propria idea originaria non più sarebbe applicabile (§. 5): così il possesso di una casa, anche quando il possessore ne stia fuori, continua da sè. Adunque, il possesso contemporaneo di più persone dovrebbe fondarsi sopra una simigliante finzione, stantechè la idea originaria del possesso lo esclude; ed il quesito propostoci si risolve in questo: Havvi una finzione giuridica, la quale riconosca più

possessori contemporanei di una medesima cosa?

Sopra questo punto, i giureconsulti romani eran divisi in due parti. L'una (quella di Labeone e di Paolo) negava nel più assoluto modo la possibilità di siffatto possesso: e la sua sentenza oltre ad esser generalmente approvata da' compilatori delle Pandette, può commodamente applicarsi a tutti i casi immaginabili. L'altro partito (quello di Trebazio, Sabino e Giuliano) ammetteva cotal possesso, ma soltanto così, che uno potesse avere il possesso *giusto*, altri l'*ingiusto:* due possessi *ingiusti* erano, ad avviso loro, inconciliabili; e così pure due *giusti* possessi, eccetto un solo caso, il qual per altro era strettamente congiunto con un de' casi del possesso non giusto. Essendo cosiffatta distinzione relativa a' vizi del possesso (§. 2-8), noi non avremo a ricercar la differenza esistente tra le due opinioni, se non nelle tre applicazioni seguenti:

a) Quand'uno s'impossessi con violenza di qualche cosa; nel qual caso è da vedere se il giusto possesso precedente possa continuare allato al nuovo possesso ingiusto.

b) Similmente, quando uno prenda di soppiatto il possesso appartenente ad un altro.

c) Quand'uno acquisti il possesso mediante un *precarium*.

Per la retta intelligenza di quest'ultimo caso, ci è mestieri di qui accennare alcune proposizioni, le quali non potremo sviluppare per ordine, se non quando sporremo gli interdetti. *Precarium* è quel fatto, col quale si lascia ad un altro l'esercizio di un dritto, senza che atto alcuno giuridico intervenga. Il caso più ordinario risguarda l'esercizio della proprietà, e quindi altresì il possesso (naturale), perciocchè questo è la condizione dello esercizio della proprietà. Ma tale *possesso precario* si presenta in due modi diversi; talvolta è la semplice detenzione dal proprietario lasciata ad altrui, talaltra il possesso giuridico (1). Nel primo caso nessun possesso è trasferito, ma lo si acquista dipoi, quando si neghi di restituire la cosa; possesso indubbitatamente *ingiusto*, e soggetto all'interdetto ricuperativo *de precario*. Nel secondo caso, il possesso si trasferisce di presente; ma questo *giusto* possesso diventa *ingiusto* con la ricusa di restituir la cosa, dopo il qual momento niuna differenza è tra questo caso ed il primo. Laonde, si può per lo *precarium* avere talvolta un possesso *ingiusto*, ed allora sorge la quistion medesima che rispetto al possesso violento e clandestino; tal altra un possesso *giusto*, e questo è il solo caso in cui parecchi giureconsulti possano ammettere due giusti possessi accompagnati.

Esaminiamo dunque in prima la regola in generale, e poi passeremo a' tre casi della sua applicazione.

Il luogo decisivo, che della regola stessa si ha, è di Paolo (1).

« .... Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. *Contra naturam quippe est*, ut cum ego aliquid *teneam*, tu quoque id *tenere videaris*. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, *et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit*. Idem Trebatius probabat, existimans, posse *alium juste, alium injuste* possidere: *duos injuste, vel duos juste* non posse (2): quem Labeo reprehendit: quoniam in summa possessionis non multum interesi, juste quis an injuste possideat, *quod est verius*: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu *stare videaris* in eo loco, in quo ego *sto*; vel in quo ego *sedeo*, tu *sedere videaris* ».

(1) « Precario autem rogavit, *non ut possideret*, sed *ut in possessione* esset... » L. 10, §. 1, D. *de poss.*

(1) L. 3, §. 5, D. *de poss.* (Paolo, lib. 54. *Ad Edictum*).

(2) A questa parte del nostro testo appartiene la L. 19, pr. *de prec.* (Giuliano, lib. XLIX, Dig.): « Duo in solidum *precario habere* non magis possunt, quam duo in solidum *vi possidere*, *aut clam*, nam *neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt* ». È chiaro che, secondo l'avviso di Giuliano, il possesso *giusto* di uno può concorrere col possesso *ingiusto* esercitato da un altro; ma questa parte positiva del suo avviso ha dovuto essere omessa da' compilatori. — Il quesito, al quale Giuliano vuol qui rispondere, è questo: È egli possibile di *dare* nel medesimo tempo a più persone un possesso precario? Ora, il possesso precario equivalendo, dall'ora ch'è stato trasmesso, al *giusto* possesso, è molto naturale che Giuliano parli dei possessi precarii, a' quali il suo quesito si riferisce, come di possessi *giusti*, per opposto al *violento* ed al *clandestino* possesso, come a possessi *ingiusti*, contuttochè in altri casi il possesso *precario* possa anch'egli esser contato tra gl'*ingiusti*. Cupero (*De nat. poss.* P. 2ª, c. 14) ha negato questo collegamento affatto naturale, senza però sostituirvene alcuno.

Tutto questo passo dev'essere smembrato nelle diverse proposizioni seguenti:

1. L'opinione di Paolo, che Giustiniano qui fa sua propria, occorre subito nel principio, e non è che ripetuta nella fine del testo. Simigliante concorso di più possessori, dice Paolo, è al tutto impossibile, perciocchè ogni possesso si fonda o sopra una verace detenzione (*tenere*), o sopra una giuridica finzione che lo faccia supporre (*tenere videri*). Qualunque finzione è possibile solamente dove il fatto, ch'ella dee rappresentare, non sia esso stesso impossibile: ma egli è impossibile che più persone abbiano realmente la detenzione della medesima cosa; dunque, nessuna finzion di dritto non può farlo possibile (1).

2. Sabino fa una eccezione a questa regola, per lo *precarium*: egli pretende che i due contrattanti possono nello stesso tempo avere il possesso giuridico, senza che s'abbia a distinguere se il possesso precario è *giusto* ovvero *ingiusto*.

3. Trebazio approva questa sentenza, ma la modifica in ciò, ch'egli per ammettere il possesso del proprietario vuole che il possesso precario sia ingiusto; e così modificata la estende ad ogni concorso di un possesso giusto ed uno ingiusto, negando che la si possa ad alcun altro caso applicare.

4. Queste due opinioni sono già confutate per la pruova da Paolo fatta in pro dell'avviso suo proprio; ma Labeone (il quale per conseguenza si accorda con Paolo) adduce altresì contro Trebazio questo particolar motivo, cho la differenza ch'è tra possesso giusto ed ingiusto non ha importanza alcuna, allorchè trattasi della esistenza del possesso in generale. (*V.* sopra, §. 8, in princ.)

Ulpiano stabilisce questa medesima regola in termini altrettanto generali che quelli di Paolo (2):

« Celsus filius ait, *duorum* quidem *in solidum* dominium, vel *possessionem esse non posse* ».

Ulpiano qui, come in molti altri luoghi, non cita l'opinione di Celso se non perch'essa è parimente la sua; la qual cosa è anco più chiaramente provata dalla fine del testo: e poi continua a sviluppare essa opinione di Celso mediante le conclusioni che ne cava.

Passiamo ora alle applicazioni di questa regola, ch'erano anch' esse contrastate:

A) Colui che s'impossessa di una cosa con violenza, ne ha senza dubbio alcuno il possesso giuridico; ma giusta la sentenza di Trebazio, il possessore anteriore dovrebbe continuare a possedere.

Sembra però cosa evidente che siffatta continuazion del possesso non possa, anche stando alla detta sentenza, esser sostenuta *per tutti i rispetti*. Perciocchè l'esservi stati altri interdetti per ricuperare il possesso perduto (*recuperandae possessionis*), ed altri per mantenersi in possesso (*retinendae possessionis*), mostra la inutilità e la insussistenza di detta continuazione *in quanto agli interdetti della persona spossessata:* e questa opinione non è, come si potrebbe credere, propria di alcuni giureconsulti, ma comune di tutti, e si trova chiaramente confermata nello Editto medesimo. Per ricuperare, è mestieri aver perduto, e cosa perduta non si può nello stesso tempo tenere. — Non vuolsi nondimeno qui tacere di un luogo, che potrebbe sparger qualche dubbio sulla nostra sposizione (1): « Non alii autem, quam ei *qui possidet* (2), interdictum

(1) Cupero (*loc. cit.*) ha meglio di tutti sviluppato questa interpetrazione, per altro antichissima. *V.* le citazioni presso Gomez, sulla *L. Lauri* XLV, n° 99, p. m. 289. — Paolo adunque non nega, nè negarsi potrebbe, che *i dritti resultanti dal possesso* possano essere ammessi in più persone ad un tempo: ma solo afferma che la supposizione, ond'egli parla, non sia congruente alla natura del possesso. Così è da intendere la *impossibilità* da lui sostenuta.

(2) L. 5, §. 15, D. *Commodati*. (Ulpiano, lib. 5, *Ad Edictum*).

(1) L. 1, §. 45, D. de vi.

(2) « *Qui non possidet* ». Tal è, oltre a quella del MS. di Rhediger, la lezione delle edizioni seguenti del *Digestum novum*: Rom. 1476. Norimb. 1483. Venet. 1485. Venet. 1494. Lugdun. 1509, 1513. Paris. 1514, 1536, e probabilmente quella di molte altre. Accursio aveva egualmente preferita questa lezione: di ch'egli ci dà pruova col citare la L. 1, §. 4, D. *uti poss.* come riscontro del nostro passo. — Cras (*Spec. jpr. Ciceronianae*, p. 15) e Fleck (*De int. unde vi*, p. 29), il quale copia letteralmente il primo, s'esprimono intorno a ciò nel modo seguente: *Accursius particulam* NON *inseruit;* come se Accursio avesse scritto delle note critiche in sulle Pandette di Firenze. Aloandro seguita la lezion fiorentina, benchè Jauch (*De negat. Pand.* p. 82), Cras e Fleck (*l. c.*) dicano il contrario. Markart avea già rettificato la erronea

« unde vi compelere, argumentum praebet, « quod apud Vivianum relatum est, si quis « vi me dejecerit, meos non dejecerit, *non « posse me hoc interdicto experiri: quia per « eos retineo possessionem, qui dejecti non « sunt* ». Invertendo l'ordine, il che manifestamente non fa nulla al logico legame, il passo citato avrà questo senso: Viviano dice, che colui ch'è scacciato da un podere, nondimeno non ha l'interdetto *de vi*, allorquando i suoi attenenti, i quali possedevano insieme con esso, non sono parimente scacciati; *perciocchè continua egli stesso a possedere per mezzo de' suoi*. Cotal decisione conferma (*argumentum praebet*) la regola generale, che solo *chi più non possiede* ha il dritto di ricorrere all'interdetto. La necessità, che di siffatta connessione induce il contesto di questo passo, dà tanto chiaramente il di sopra alla lezione « *qui non possidet*, » che nè l'antichità del fiorentino manoscritto, nè la concordanza men rilevante de' Basilici (1) non possono far contro alla sua autorità. Il che basta a tor via tutta la difficoltà di tal testo, senza bisogno di punto mutarne (2).

Per tal modo, l'opinion di Trebazio non poteva risguardare agli interdetti del primo possessore (*dejectus*); sì bene a quelli del possessore novello (*dejiciens*). Infatti, allorchè costui voleva fare uso dell'interdetto *uti possidetis* contro al primo, una eccezione indubitatamente nel rimoveva (3): e così comprendiamo come Trebazio, volendo spiegare questo pratico ed incontrastato principio, attribuiva *per tale rispetto* al possessor precedente la continuazione del possesso. Cosiffatta supposizione, la quale per un luogo di Ulpiano sarà in breve rifermata (1), mostrerebbe tutta la controversia mancante di qualunque pratico scopo; ma ciò non torrebbe che l'avviso di Paolo dovesse pure esser preferito come più fecondo di conseguenze (2). Oltre agli interdetti, l'avviso di Trebazio avrebbe potuto riferirsi parimente alla usucapione, ed il senso allora sarebbe: Chi perde il possesso per violenza, non resta perciò di usucapire. Ma oltre che la compilazion di Giustiniano decide in contrario (3), la natura stessa della usucapione non lascia supporre che mai giureconsulto alcuno abbia voluto sostenere un tal sentimento.

B) Quanto è detto del possesso acquistato con violenza, pressochè del tutto si applica alla clandestina occupazion del possesso. Ma rispetto agli stabili non si può qui fare senza una regola, la quale noi potremo soltanto sporre nella terza e quarta Sezione. Per la stessa ragione noi non siamo per ancora in grado d'interpetrare un passo di Ulpiano (4), il quale appunto nella presente materia è stato cagione di molti sbagli. Ma ben possiamo fin da ora provare che Ulpiano nè Labeone non applicano la opinion di Trebazio al caso qui considerato; prima, perchè nessun de' due ha professato cotale opinione (v. poco innanzi); e poi, perchè Ulpiano termina dicendo che chi impedisce il posseditore attuale di ritornar nel suo fondo, con quell'atto acquista un possesso *violento*. Or come ciò sarebbe impossibile quando questi avesse in-

---

avvertenza di Janch (Interpr. L. 2, c. 18). — La lezione *qui non possidet* è parimente ammessa in un ottimo MS. della biblioteca di Metz, in un altro di Lipsia, in uno ch'è nostro, in due di Vienna e sedici di Parigi: in altri tre MSS. di Parigi la parola *non* è scritta di sopra alla linea, e un solo (n.° 4482) ha: *qui possidet*. — Havvi pure un MS. a Konigsberga che legge: *non possidet*. Dirksen, *Abhand*. I. 450.

(1) L. 60, t. 17 (in Fabroto, parte VII, p. 407).

(2) Donello (*Comm*. lib. 15, c. 32), spiega benissimo questo passo, e la sua interpetrazione gli fa conchiudere che la negazione dee di necessità esser nel testo; ma non rettamente egli aggiunge: « Mendose legitur *in omnibus exemplaribus*, etiam florentinis etc. » — Alcuni giureconsulti leggono *qui possedit*, vale a dire *che più non possiede al presente;* e così un MS. parigino: ma è manifesto che tale spiegazione è sforzata. Primo a produrla fu Rutgers (*Var lect*. VI, 20) per communicazione fattagliene a bocca da Baudio: Grozio (*Flor. Spars*. p. 185) l'approvò.

(3) L. 1. pr. D. *uti poss*.

(1) L. 3. pr. *ibid*.

(2) Allo stesso modo si potrebbe pure spiegar la L. 17. pr. D. *de poss*. « Si quis vi de pos« sessione dejectus sit, *perinde haberi debet ac « si possideret:* cum interdicto de vi recuperan« dae possessionis facultatem habeat ». — Ma meglio s'interpetra questo testo, noi supponendo in relazione alcuna con la nostra questione: e puossi intendere o della *hereditatis petitio* diretta contra al *dejectus* come possessore, o delle *cauzioni* ond'egli è parimente prosciolto. La rubrica comparata alle LL. 11 e 12. D. *qui satisd. cog.*, è un argomento in favore del secondo intendimento.

(3) L. 5, D. *de usurp. et usuc*.

(4) L. 6. §. 1, D. *de poss*.

fino allora avuto un possesso clandestino (1), egli dunque a sentenza di Ulpiano non avrebbe avuto possesso alcuno, e però questo giureconsulto è affatto alieno dal riconoscer qui due possessi ad un tempo.

C) Il seguente luogo considera insieme l'uno e l'altro caso, il possesso *violento*, e quello *clandestino* (2): « *Si duo possideant in* « *solidum*, videamus quid sit dicendum: « quod taliter procedat, tractemus. *Si quis* « *proponeret possessionem justam, et inju-* « *stam:* ego possideo ex justa causa, tu *vi* « *aut clam:* si a me possides, superior sum « interdicto; si vero non a me, neuter no- « strum *vinceretur* (3), nam et tu possides « et ego ». — Ulpiano parla dell'interdetto *uti possidetis*, applicato al possesso che più persone hanno *in solidum*, e viene a dire: « Com'è egli possibile un tale possesso? Ciò è solamente nella supposizione che l'uno posseda giustamente, l'altro ingiustamente, per esempio per violenza o clandestinamente ». Chiaro è che qui si ricorda l'opinion di Trebazio, senza però approvarla: la quale approvazione già altri testi non permetterebbero di supporre (*v.* alquanto innanzi.) Ulpiano dice: *Si quis proponeret:* egli dunque suppone per un momento che quella opinione sia vera, per mostrare come si dovrebbe secondo essa pensare dell'interdetto *uti possidetis* (4). Ma certo egli considera soltanto il caso in cui l'*ingiusto* possessore vuole invocar l'interdetto, senza punto occuparsi del *giusto;* perciocchè questi non avrebbe, secondo le parole stesse dell'Editto ed il sentimento di tutti i giureconsulti, l'interdetto *uti possidetis*, ma sì quello *de vi*. Il questio proposto riducesi dunque a questo: Quando il possessore ingiusto ricorre all'interdetto *uti possidetis* contro al giusto possessor precedente, qual è l'evento del processo? O il convenuto, risponde Ulpiano, è stato spossessato *da questo medesimo attore*, ed allora quest'ultimo ha il peggio, senza alcuna distinzione. *Superior sum interdicto*, dice Ulpiano in persona del convenuto, e la decisione è conforme a tutte le opinioni; a quella di Trebazio, perciocchè il convenuto era per ancora possessore e miglior possessore che l'altro; a quella di Paolo, per virtù della eccezione a noi già nota. O pure esso convenuto è stato spossessato da un terzo, cui l'attuale attore ha spossessato a sua volta, ed in tal caso il processo non potrebbe ricevere alcuna decisione (1), *neuter vinceretur:* ma ciò secondo l'opinion di Trebazio, la quale qui per un momento si suppone fondata; perchè altro sarebbe secondo l'opinion di Paolo e di Ulpiano, per la quale avrebbe a vincere l'attore, dappoichè il convenuto nè possedeva egli stesso, nè aveva una eccezione da opporre alla persona dell'attore. In questo secondo caso adunque è dove apparisce una pratica differenza tra le due opinioni, e dove il preferimento di quella da noi seguitata si mostra evidente: anzi è molto verisimile che in tutto questo passo Ulpiano non altra intenzione avesse che di far sentire, mediante l'assurdità delle conseguenze, la vanità dell'opinione contraria.

D) Il *precarium* ammette due casi: o egli conferisce la sola detenzione, la quale non si tramuta in possesso ingiusto, se non per la ricusa di restituirne la cosa detenuta; o trasferisce di presente il possesso giuridico. Rispetto al primo caso, non havvi, oltre alla opinione generica e già riprovata di Sabino, alcuna applicazione da fare; ma il medesimo non è del secondo caso, rispetto al quale i compilatori sono stati instabili a segno di ammettere la stessa opinion di Sabino, ch'eglino avevano già respinta in generale. Dice Pomponio (2) espressamente, che quando il possesso è stato ceduto ad un

---

(1) « Non enim ratio *obtinendae* possessionis, « sed origo *nanciscendae* exquirenda est ». L. 6. pr. D. *de poss.* — Cupero, *De nat. poss.* P. 2.ª, cap. 20.

(2) L. 3, pr. D. *uti poss.*

(3) Tal è la leziono de' MSS. di Roma, 1476; di Norimberga, 1483; e di Venezia, 1485. Quelli di Firenze e gli altri leggono *vincetur*. Tutti i MSS. da noi conosciuti si accordano con quello di Firenze (eccetto quelli di Metz e di Lipsia, che hanno *vincet*): ma la interpetrazione nostra può egualmente sussistere con qualunque di queste lezioni.

(4) Cuiacio, *Observ.* lib. 9, c. 32; lib. 5, c. 22.

(1) Non è difficile a provare, malgrado di tutti i dubbi in contrario, che tal è il solo senso possibile delle parole *neuter vinceretur* ovvero *vincetur*, e che pertanto il giudice non potrebbe impedire ad alcuna delle due parti di far violenza all'altra. Perciocchè non potrebbe dall'un lato condannare il convenuto, come ciascuno ci concederà; nè meno, dall'altro lato, prosciogilerlo, stantechè per la natura di questo interdetto, ch'è un *remedium duplex*, ogni assoluzione porta seco una condanna. È anche da notare che di siffatta assoluzione appunto si tratta nel primo caso, al quale si contrappone il secondo.

(2) L. 15, §. 4, D. *de prec.* (Pomponio, lib. 29, *Ad Sabinum*).

altro, costui lo ha senza dubbio ricevuto, ma che nello stesso tempo il cedente lo ha conservato, non ostante che questa seconda parte sia stata contraddetta. — Esaminiamo anche qui il significato di tale continuazion del possesso. Essa non si può riferire all'interdetto del conceditore (*rogatus*), perchè questi ha senza dubbio alcuno un interdetto *recuperandae possessionis* (*de precario*). Riferita all'interdetto del richieditore (*rogans*), non avrebbe alcuna importanza pratica, perciocchè questo interdetto è tolto di mezzo con una semplice eccezione, anche senza il possesso del convenuto. Ma quanto all'usucapione, la cosa è di molto momento: onde a questa Pomponio risguarda, volendo per la detta continuazione inferire che quel precario non interrompa la prescrizione. Ma cavandosi il medesimo dalla opposta sentenza, la finzion di Pomponio riesce tanto superflua quanto ella è inconcepibile. In fatti, al tempo della restituzion della cosa, il possesso del concessionario viene imputato al concedente (1), e tale *accession di possesso* ha luogo anche allorchè la restituzione sia forzata (2), e che il possesso precario siasi mutato in ingiusto per la ricusa di restituire la cosa. Egli è dunque molto naturale che i giureconsulti, i quali si dichiarano in pro di tale accession di possesso, dicano generalmente intorno al possesso del *rogatus* il contrario di ciò che Pomponio avea posto per regola (1): o qui più sicuramente che mal, si può considerare un testo delle Pandette come abrogato da un altro, provvedendo il secondo diversamente intorno a tutto ciò che il primo si aveva proposto.

Dalle nostre ricerche intorno alle opinioni de' giureconsulti romani risulta quanto segue:

1.° La regola *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, è stata in ogni tempo riconosciuta per vera.

2.° L'eccezioni a questa regola, delle quali soltanto è stata controversia, non erano di molto momento.

3.° La stessa compilazion di Giustiniano riconosce la regola come *generale*.

4.° Ciò solo basta già per provare che in dritto romano moderno non accade ragionar di eccezioni; ma prescindendo ancora da ciò, niuna di siffatte eccezioni non può esser sostenuta.

Tali risultamenti ci conducono a due regole molto importanti e che si estendono a tuttaquanta la teoria del possesso:

A) Allorchè, per dichiarazione espressa delle nostre fonti, un possesso continua, è da conchiudere che nessun nuovo possesso non sia per ancora incominciato.

B) Allorchè il dritto romano riconosce un possesso novello, il possesso anteriore di necessità dev' esser cessato.

Il senso pratico delle quali due proposizioni si farà più chiaro con gli esempi che seguono:

A) Per esempio della prima, egli è detto in termini espressi che il possesso di un fondo occupato clandestinamente da un altro, continua infino a tanto che il possessor precedente non abbia notizia della occupazione (sez. III). Se dunque il clandestino occupatore del fondo è violentemente spossessato da un terzo, quest' ultimo, stando alla regola dell'acquisizione in generale (sez. II), dovrebbe esser divenuto incontanente possessore: ma stando al nostro principio, ei non ha per ancora acquistato il possesso.

(1) « ... Si tamen *receperit* possessionem ru« pto precario, dicendum esse, *accedere* posses« sionem ejus temporis, quo precario *possideba« tur* ». L. 13, §. 7, D. *de poss.* — Cupero (P. 2ª, c. 22) trova molto strano che i compilatori abbiano creduto questo luogo relativo all'usucapione, mentre ch'esso in origine concerneva l'interdetto *utrubi*. Ma come non v'ha che una sola *possessio*, così non più che una sola *accessio possessionis*. Ogni accessione siffatta, qual che ne sia lo scopo, non altro suppone che un rapporto di successione giuridica fra 'l possessor precedente e l'attuale. Ora, la successione non ha mai luogo in quanto al possesso considerato in se stesso (§. 5), ma soltanto allorchè si richiede alcuna cosa di vantaggio, come per esempio la continuazione di esso possesso per un certo spazio di tempo, richiesta alla usucapione e per lo interdetto *utrubi*. L'accessione però, sebbene applicata a diverse instituzioni, è pur sempre la stessa.

(2) L. 13, §. 9, D. *de poss.* « Si jussu judi« cis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi « dandam placuit ». — Questa regola si applica generalmente a tutti i casi, ne' quali è luogo ad una successione giuridica (come a dire, in una vendita), ma ne' quali la restituzion del possesso sia forzata. Gifanio, sulla L. citata (*Lect. Altorph.* p. 467).

(1) « .... Si quis ea mente possessionem tradi« dit, ut postea ei restituatur, *desinit possidere* ». L. 17, §. 1, D. *de poss.* — Questo passo e la L. 13, D. *de poss.* sono cavati dalla stessa opera (Ulpiano, *Ad Edictum*).

B) Per esempio della seconda proposizione, ricordiamo di aver notato più sopra che de' fondi vettigali ed enfiteutici il colono acquistava il possesso. Il dritto romano nulla dice del locatore; ma stando alla nostra regola, il suo possesso precedente dee di necessità esser cessato con la locazione.

Niuna delle dette due proposizioni non appartiene in se stessa alle modificazioni giuridiche del possesso, essendo l' una e l'altra conseguenze della nozion primitiva del possesso: ma esse possono esser connesse ad un'altra finzione (1), come appunto avveniva nel secondo esempio proposto (2).

I giureconsulti moderni sono in ciò più discordi ancora de' romani; perciocchè eglino per giunta hanno delle idee all'intutto false del possesso in generale e delle sue divisioni, il che doveva ingenerare una compiuta confusione nella questione (3). Alcuni d'essi hanno, con tutto ciò, sostenuto la vera sentenza (4); altri, proprio l'opposto (5): i più hanno cercato riunire i due estremi, e per conseguenza talvolta ammesso, tal altra respiuto la *possessio plurium* (6). Vaconio e Galvano hanno sostenuto che più persone potessero ad un tempo non pur possedere la stessa cosa, ma eziandio usucapirla; avvisando che compiuta la prima usucapione, la seconda continuerebbe tuttavia, e che questa, compinta che fosse, assorbirebbe la proprietà acquistata con la prima. La Glosa ha già di buon'ora fatto giustizia di così falsa opinione (1). — Il più notabile avviso è quello di Westphal (2); il quale, dopo aver del tutto frantesi i giureconsulti romani, ragiona della cosa in questi termini: « Trattasi qui semplicemente di certi resultati teorici ch'essi credevano aver dedotti dalle leggi o dalla natura medesima della cosa, e che perciò non hanno forza di legge per noi, allorchè la deduzione è sbagliata ». Indi egli propone a' romani il seguente caso: « Io spossedo uno a forza; Gaio fa il medesimo a me; chiaro è che Gaio ed io possediamo ad un tempo »: e se ne pavoneggia, come di cosa sfuggita agli antichi!

La prima regola dedotta dalla natura *esclusiva* del possesso, ed applicata all'acquisto ed alla perdita di questo, è stata ordinariamente espressa così: Il possesso debb'esser vacante (*vacua*) per poter essere acquistato. Ora, nella tradizione volontaria e nella deiezione violenta il possesso diviene vacante nello istante medesimo dell'acquisto; ed in tutti gli altri casi diversi, per esempio nella occupazione clandestina di un fondo, il nostro principio si oppone (3) all'acquisto di qualunque possesso, e però il termine *vacua* esprime benissimo l'applicazione del detto principio (4). Diversi autori hanno intromesso tal disposizione nella definizione medesima del possesso.

---

(1) Cioè, ad una finzione diversa da quelle che modificavano la nozion primitiva del possesso. (*Trad.*)

(2) Il come si vedrà nel §. 12*a*, n.° 4. (*Trad.*)

(3) Ma questo medesimo non è senza contrasto. Merillio (*Observ.* lib. 2, c. 31) non vede altro in tutta questa controversia che una guerra di parole, pretendendo che gli uni abbiano nominato *possessio civilis* e *naturalis* quel medesimo che altri han detto *possidere* e *in possessione esse*.

(4) Cuiacio, nelle sue *Observ.* lib. 9, c. 32, e lib. 5, c. 22. — Il medesimo, sulla L. 3, §. 5. D. *de poss.* (*Opp.* t. V, p. 708, e t. VIII. p. 257. — Obrecht, *De poss.* c. 8. — Turaminus, *De subst. poss.* c. 1-3 (*Opp.* p. 253-59). — Merenda, nelle sue *Controv.* Lib. 12, c. 13, 25: egli è il più ragionevole di tutti. — Valenza, nelle sue *Ill. jur. tract.* L. 1, tr. 2, c. 3. — Ramos, *De poss. praetermiss.* c. 1 (In Meerman, t. 7, p. 81.) — Retes, *De poss.* P. 1ª, c. 2 (Ibid. p. 463).

(5) « Martinus cum suis Gosianis ». (Glosa sulla L. 3. pr. D. *uti poss.*) Bisogna pure aggiungnere a costoro quelli i quali hanno ammesso delle distinzioni soltanto in apparenza e per non contraddire alle stesse fonti del dritto: per es. Zasio, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* (Opp. t. 3, p. 111-116. Conf. p. 123, 132, 133, 153, e Oppenritter, *Summa poss.* P. 2ª, c. 5.

(6) Azo, *Lectura tit. uti poss.*, n.° 10-13. — La Glosa sulla L. 3, §. 5. D. *de poss.* — Odofredo, sulla L. cit. (fol. 55, 56). — Alciato, sulla L. 1, pr. D. *de poss.* n.° 64, 65. — Vaconto. *Declar.* 72, fol. 68. — Duareno, sulla L. 3, §. 5. D. *de poss.* (*Opp.* p. 853). — Gifanio, sulla L. 3, §. 5. D. *de poss.* (*Lect. Alt.* p. 418). — Galvano, *De usufructu.* c. 34. in fine. — Cupero, *De nat. poss.* P. 2ª, c. 13-21 (tutta la sua sposizione è molto ben fondata, ma nella fine ogni suo vantaggio gli è tolto dalla falsa idea ch'egli ha della *possessio*). — Pare che questa opinione abbia pure dato fondamento al c. 9, X. *de probat.*

(1) La Glosa, sulla L. 3, §. 5, D. *de poss.* Dove si rigetta anche quest'altra conclusione: « Ergo si omnes habeant bonam fidem.... omnes usucapiunt: *quod est absurdum* ».

(2) *Ueber die Arten etc.* P. 2ª, c. 2, §. 65.

(3) Cioè il principio sopra dimostrato, che il possesso non soffre compagnia. (*Trad.*)

(4) Obrecht, *De poss.* c. 8.

so (1): ma sebbene ciò non porti seco inconveniente alcuno nella pratica, conduce nondimeno a questa falsa idea, che sieno così modificati gli elementi costitutivi del possesso, mentrechè la regola nulla di affermativo contiene. I romani stessi adoprano veramente la espressione *vacua* in somigliante senso, ma molto più ristrettamente, per significare, nella tradizione di un fondo, che niun altro lo possegga *animo*. Sicchè questo vocabolo appartiene già all'antica terminologia (2): le nostre fonti lo ricordano spesso (3), e s'è mantenuto per tutto il medio evo negli atti di vendita e di tradizione (4). Più che mai sovente lo si trova nella vendita, dove, giusta il proprio obbietto di tale contratto, è usato anche in più largo significato: e veramente, il venditore non ha consegnato un possesso così vacuo come la vendita il vuole, allorquando un terzo per esempio abbia una *missio in possessionem* (5), contuttochè questa non costituisca un verace possesso, nè metta al possesso del venditore ed alla tradizione e trasmessione della proprietà veruno impedimento.

Cupero è il primo ch'espressamente abbia divisate quelle regole (6), le quali innanzi a lui si solevano o del tutto tralasciare, o soltanto indicare col termine di *vacua possessio*: ma egli ne fa scarsissimo uso, come generalmente di ogni sua giusta idea sopra questa materia.

§. 12. *Spiegazione della* juris quasi possessio.

Solamente a questo punto noi siamo in grado di render conto preciso del disegno del presente Trattato. Il possesso non ha che due rapporti giuridici, uno con la *usucapione*, un altro con gli *interdetti* (§. 2): ma in quanto alla usucapione, il solo possesso non basta, richiedendosi eziandio il compimento di più altre condizioni giuridiche; dovechè gl'interdetti dipendono unicamente dalla esistenza del turbato possesso (§. 7, n.° 3).

Or poichè l'unico dritto risultante dal solo possesso consiste negli *interdetti*, al *diritto degli interdetti* deve dunque limitarsi la nostra sposizione. Perlochè noi più non parleremo della usucapione. Vero è che tutto ciò che diremo sarà strettamente connesso con quella; in quanto che il medesimo possesso è condizione degli interdetti e della usucapione: ma quant'è alle altre condizioni che concorrer debbono col possesso per abilitarlo alla usucapione, esse appartengono alla teoria della proprietà. Quella intima connessione però del possesso con la usucapione, è cagione che le fonti di dritto relative a quest'ultima sieno altresì utilissime alla teoria del possesso in generale: della quale avvertenza abbiamo già fatto pro nella enumerazione delle fonti.

Noi dunque dobbiamo qui trattare una parte del *dritto delle obbligazioni* (§. 6): e per convenientemente risolvere il problema che ci siamo proposto, e' n'è mestieri rispondere a due quesiti. Primieramente, quando vi ha egli possesso, cioè a dire quando dobbiamo noi ammettere la esistenza di questo rapporto, senza del quale la corrispondente obbligazione *ex delicto* esister non può? Secondo, che si dev'egli aggiugnere a tal rapporto perchè realmente produca la detta obbligazione, cioè a dire come il possesso dev'esser egli turbato, perchè questa violazione produca l'obbligazione? Il primo di questi quesiti si suddivide in altri due: Come si acquista egli il possesso (sez. II)? e come l'acquistato si perde (sez. III)? — il secondo sarà risoluto nella sposizione dei differenti interdetti (sez. IV), che corrispondono appunto alle diverse forme di violazion del possesso.

Ma vi ha un altro rapporto del possesso, di cui non abbiamo ancora fatto menzione, ed il quale dobbiamo necessariamente spiegare qui, dove si tratta di delinear tutte le parti del nostro Trattato. Conciosiachè noi finora abbiamo tacitamente supposto che obbietto di ogni possesso debbano esser dei *corpi*. Il dritto romano non ricorda questo principio che raramente e di passaggio (1):

(1) Id. c. 2, §. 43: «.... possessionem esse detentionem rei *vacuae*».... Cf. §. 89.

(2) Cicerone, Pro Tullio, c. 13: «Neque tamen hanc centuriam Populianam *vacuam tradidit*». — Auct. *Ad Herennium*, IV, 29: «Necesse est.... te aut *vacuam possedisse*.... «*vacuum*, cum ego adessem, *possidere non potuisti*». — Trovasi pure questa espressione usata per via di similitudine, da Cicerone *De orat.* III, 31, e da Quintiliano, *Declam.* III, 4.

(3) Brissonio. v° *Vacuus*.

(4) Marinus, *Papiri diplomatici*, p. 331, nota 17.

(5) L. 2, §. 1, D. *de act. empti*.

(6) *De nat. possessionis*, P. II, c. 19.

(1) L. 3, pr. D. *de poss.* «Possideri autem possunt quae sunt corporalia». — L. 4, §. 27, D. *de usurp.* «Quia nec possideri intelligitur jus incorporale».

e pure esso così chiaro risulta da tutta la sposizione de' romani giureconsulti, che soltanto la preoccupazione di una falsa idea del possesso può farne dubitare. Nulladimeno, poichè si pretende che il possesso si eserciti pure in su *cose incorporali*, esamineremo in questo luogo qual significato il dritto romano medesimo ed i giureconsulti dieno a cosiffatto possesso.

Il dritto degli interdetti è fondato sopra un turbamento apportato illegalmente, per esempio con la violenza, all'esercizio della proprietà. Che se di altro qualunque dritto può l'*esercizio* esser turbato al modo medesimo, ragion vuole che anco tal dritto sia protetto con gli interdetti. Tal è precisamente il caso di tutti gli elementi costitutivi della proprietà, i quali possono sussistere come diritti scevri ed indipendenti dalla proprietà. Così nell'*usufrutto*, ch'è di tal sorta di dritti, vedesi a primo sguardo la possibilità di un turbamento violento, altrettanto che nella stessa proprietà: e il medesimo è di tutte le altre servitù, della superficie, e generalmente di tutti i dritti che sotto nome di *jura* o *jura in re*, siccome parti staccate della proprietà, si oppongono al *dominium*, siccome complesso di tuttiquanti i dritti reali. Abbiamo più sopra dimostrato, non aver luogo in cotali diritti l'*animus domini*, nè quindi alcun verace possesso in colui che gli esercita. Ma poichè questo esercizio può esser turbato con la violenza nel modo medesimo che quello della proprietà, noi scorgiamo qui la possibilità di un rapporto infra 'l possesso ed altri diritti, e questo rapporto troviamo effettivamente stabilito dal dritto romano. Laonde, come il vero possesso consiste nello esercizio della proprietà, così questo possesso analogo si propone l'esercizio di un *jus in re*; e come nel verace possesso l'uomo propriamente possiede la *cosa* (*possessio corporis*) e non già la *proprietà*, così pure non si dovrebbe, a dir vero, parlare del *possesso della servitù* (*possessio juris*). Ma il non avere altro termine, il quale esprima l'obbietto di questo possesso così bene come la *cosa* esprime quello del possesso vero, ci necessita a contentarci di tale impropria espressione: solo che non si dimentichi tale improprietà, e la nostra intenzione di designare con quella l'esercizio di un *jus in re*, il qual esercizio sia con esso *jus* in quel rapporto medesimo che il vero possesso è con la proprietà. Le idee de' romani giureconsulti sono sopra ciò molto chiare; e la varietà del loro linguaggio si spiega appunto così, ch'essi in molti luoghi negano il possesso della cosa (1), in altri ammettono il possesso del dritto (2), in altri finalmente esprimono la detta improprietà di termini con le parole *quasi possidere*, *quasi in possessione esse* (3).

In tale possesso, impropriamente detto, di cose incorporali uopo è guardarsi da una doppia confusione. Primieramente si può, rispetto alla stessa persona, ragionare di un possesso *corporis* e di un possesso *juris*; le quali due cose è necessarissimo di ben distinguere, vedendosi che la confusione delle idee circa alla natura del possesso è in gran parte venuta appunto dal non essersi sempre fatta cotal distinzione. Così, per esempio, l'usufruttuario non ha possesso alcuno giuridico in sulla *cosa* medesima, cioè a dire in quanto alla proprietà, per modo che il suo possesso è semplicemente *naturale* (4) e ch'egli, parimente che il fittaiuolo, punto non impedisce l'esistenza del possesso giuridico del proprietario: ma egli ha bene il possesso giuridico del suo *dritto* di usufrutto (*jus usufructus*), e può senza dubbio invocare per tal rispetto gl'interdetti possessorii. Il collegamento affatto erroneo del detto possesso naturale col dritto agli interdetti trasse Bassiano in duplice errore, quand'egli non pur dà per *naturalis possessio* il posses-

---

(1) « *Neque ususfructus neque usus possidetur*, sed magis tenetur ». L. 1, §. 8, D. *quod legat.* Agg. L. 4, §. 27, D. *de usurp.* — L. 32, §. 1, D. *de serv. urb.*

(2) « *Jus* fundi *possedisse* ». L. 7, D. *de itin.* — « *Jus possedit* ». L. 2, D. *comm. praed.* — « *Possessionem* vel corporis vel *juris* ». L. 2, §. 3, D. *de prec.* — « Nemo ambigit, *possessionis* duplicem esse rationem: aliam quae *jure consistit*, aliam quae *corpore* ». L. 10. C. *de poss.* Dove *consistere jure vel corpore*, vuol dire *aver per obbietto un dritto o un corpo.* — Cupero, P. 1ª, c. 4, ha stabilita questa interpetrazione con molto fondamento, e questa può risguardarsi come la più sicura parte dell'opera sua.

(3) « Ususfructus nomine.... *quasi in possessione* ». L. 3, §. 17, D. *de vi.* — « Ususfructus *quasi possessio* ». L. 23, §. 2, *ex quib. caus. maj.* — « Longa *quasi possessione* jus aquae ducendae nactus ». L. 10 pr. D. *si serv. vind.* — *Quasipossessio* in una parola non si trova mai, ma il *quasi* è posto sempre come avverbio, del pari che in *obligatio quasi ex contractu.* Pure abbiamo fin dalla 2ª edizione notato che Gaio, IV. §. 139, giustifica il termine *quasipossessio.*

(4) L. 12, pr. D. *de poss.*

so idoneo agli interdetti, ma riconosce nell'usufruttuario in stesso giuridico possesso, che il creditore ha certamente del suo pegno: i quali due errori han dovuto di necessità ingererare il terzo di sostener la possibilità del concorso di due possessi, uno *civile*, e l'altro *naturale*. — Quant'è alla seconda delle due confusioni, che abbiam detto doversi evitare, si ragionerà più là di una *possessio ususfructus* o di una *possessio hereditatis* (*bonorum*), cioè di quell'usufrutto e di quel dritto di successione, che l'Editto solamente introdusse, e che non erano dalla civil ragione conosciuti; come pure s'è già ragionato più sopra di una *juris possessio* nella *hereditatis petitio*, e di una *libertatis* e *servitutis possessio* nel *liberale judicium*: ora, la *juris quasi possessio* che qui sponiamo, non ha niente che fare co' detti termini, essendochè il vocabolo *possessio* in quelli non più denoti il possesso, ma talvolta un dritto puramente pretorio, tal altra la qualità di convenuto in un processo.

Moltissimi de' nostri giureconsulti hanno del tutto negletta questa parte della teoria del possesso. Dimenticando la ben determinata significazione del *jus* (*in re*) de' romani, interpetrano la *juris quasi possessio* per lo esercizio *di un dritto in generale* (1): o certo, noi non neghiamo che ogni diritto ammetta un esercizio, ma ben diciamo che non ogni diritto può esser sommesso ovvero usucapito, che sono i due soli rispetti, pe' quali l'esercizio di un dritto è considerato come rapporto giuridico. — Cotal vana astrazione condusse Hommel (2) a quel quesito, ond'egli stesso dichiara la soluzione impossibile: Perchè mai il medico, dal quale uno infermo non voglia più farsi curare, non dev'egli esser mantenuto nel possesso di tale diritto? Spangenberg (3) trascorse fino a designar la proprietà come il primo obbietto possibile della *quasi possessio*. Ma essendo il possesso considerato anch'esso come un diritto, non si vede perchè non vi sarebbe una *possessionis quasi possessio*: questo possesso di secondo grado diverrebbe naturalmente obbietto a sua volta di un nuovo possesso, e così procedendo all'infinito. Sibeth si mostra qui, come da per tutto, molto stravagante: egli nega qualunque *juris quasi possessio* (1), e forte strapazza i giureconsulti che la ammottono. Soperchio è dire ch'egli, siccomo spesso, non sa neppure di che si parli. Noi dunque non potremo dispensarci di aggiungere alla teoria del possesso medesimo (sez. II-IV) la teoria dell'applicazione de' suoi principii ai *jura in re* (sez. V).

Ma nè pur dopo ciò, tutto sarà fatto. La nozione ed i dritti del possesso sono soggiaciuti ne' moderni tempi a molti mutamenti, i quali han loro dato forma al tutto diversa dalla romana. Se dunque si vuole che una teoria del possesso riesca di qualche pratica utilità, bisognerà ch'essa aggiunga alle idee del dritto romano quelle modificazioni, con le quali esse tra noi sono applicabili. Le quali ricerche (sez. VI) serviranno ancora alla cognizion profonda del dritto romano; avvegnachè non se ne possa l'essenziale dall'accidentale meglio distinguere, che riguardando gli stessi principii applicati a tutt'altre occorrenze.

Laonde, il procedimento delle seguenti ricerche sarà questo: cominceremo dalla sposizione compiuta del dritto romano (sez. II-V), e quindi soggiungeremo le modificazioni apportatevi da' moderni (sez. VI). Il dritto romano concerne in parte il possesso proprio (sez. II-IV), in parte l'applicazione de' suoi principii a' *jura in re* (sez. V): il dritto del possesso proprio è a sua volta relativo in parte alla esistenza del possesso (sez. II, III), in parte a certe forme di sua violazione (sez. IV).

§. 12. *a. Storia del possesso.*

Resta che rispondiamo al quesito storico, del come siasi pensato a proteggere col mezzo degli interdetti il possesso, il quale non dipende da dritto alcuno in sulla cosa. Pare, infatti, che il dritto di proprietà avrebbe dovuto bastare, e che non avrebbe dovuto esser bisogno di creare un dritto del possesso e di ordinarne a schermo gl'interdetti, massime presso un popolo della qualità del romano, il quale, fino a che le civili guerre non l'ebbero corrotto, fu di natura sua troppo più inclinato all'ordine legale che non alla violenza. Com'è dunque

(1) Non si può negare che il dritto canonico abbia contribuito molto a questo errore: ma ne parleremo più innanzi.
(2) *Rhapsod.* 489.
(3) *Del possesso*, §. 102.

(1) Un de' suoi più forti argomenti è questo (*Del poss.* p. 80): « La libertà naturale *abbatte tutto*, « perch'ella è fondata non pur nella ragione, ma « eziandio nelle leggi ». Quando la libertà naturale si comporta così, le si voglion legare le mani.

avvenuto che i romani abbiano insiiiuito, e forse assai per teiopo, ii possesso, ed ordinati gi' interdeiti ai solo fine di proteggerio?

Si proponevano forse gl' interdetti di metter ordine aile giudiziali contestazioni reiative aiia proprietà, distribuendo le parti di attore e di reo? Certo che no, perchè in fatto di proprietà qnesto scopo era già pienamente raggiunto per mezzo di un particolar procedimento, *manus consertae* (1) (2). — O pure erano essi destinati a garentir ia usucapione cominciata, ma non compiuta (3)? Ma in tal caso sarebbe stato ben più naturaie di farli dipendere, come i' azion pubbiciana, daiie condizioni medesime che son richieste neiia usurapione; dovecbè ii possesso è protetto con gl' interdetti, anche quaodo nè *buona fede* nè *giusta causa* l' accompagni. Ancora, se gl' interdetti fossero stati introdotti per ragion deiia usurapione, avrebbero dovuto avere ia stessa estensione di questa, cioè essere appiicati tanto aiie cose mubiil quanto aiie immobili: ma appunto i più importanti, cioè queiil diretti aiia ricuperazion dei possesso (*interdicta recuperandae possessionis*), eran ristretti [illegible] stabiii (4), e però molto imperfettamente guarentivano ia usucapione.

La origine del possesso è stata nei più soddisfacente modo spiegata da Niebuhr (5).

Eranvi neiia romana repubbiica di due sorte terreni, l' *ager publicus*, e i' *ager privatus*; de' quaii soio il secondo era capace di privata proprietà. Nuliadimeno, era daii' antira costituzione permesso di dare anche l' *ager publicus* a' privati cittadini in possesso e godimento; ma la repubblica conservava sempre il dritto di ripigliarselo ogni volta che voiesse. Or questo possesso deii' *ager publicus* attribuito agii uomini particolari, ch' è una deiie più importanti e più usitate instituzioni deii' antira Roma, non si trova in luogo alcuno determinato con una propria forma legale; contuttochè, tenendo ragione della inciinazione che i romani avevano ai-l' ordine legittimo, non sia punto da dubitare deiia esistenza di siffatta forma e della ordinazione di un mezzo giudiziario per proleggere ii detenture dall' arbitraria turbazione del suo godimento. Supponendo adunque che ii possesso idoneo agli interdetti fosse per io appunto la legal forma destinata a proteggere l' *ager publicus*, si otterrebbe la soluzione di due quesiti ad un tempo; perciocchè avremmo da una parte trovato ia prima occasione e l' originale scopo del possesso, e daii' aitra una forma iegale del godimento de' pubbiici terreni.

Se niente altro allegassimo in sostegno del nostro avviso, esso rimarrebbesi una sempiice ipotesi, verosimiie soltanto per l' intrinseca sua connessione e conformità con tutto l' ordine del dritto romano: ma noi abbiamo in pronto delle pruove istoriche incontrastabili.

1. Iunanzi [illegible] tutto, è da notare che le parole *possessio*, *possessor* e *possidere*, per testimonianza d' innumerevoli testi di ogni tempo, erano i veri termini tecnici adoperati a designare il possesso ed il godimento dell' *ager publicus* (1). Tale identità di termini tra

---

(1) Ci siamo già per incidenza occupati, in fine del §. 2, del rapporto ch' è tra gl' interdetti e la vendicazione: ne riparleremo più particolarmente nel §. 36.

(2) Giusta le dodici Tavole, ambo i litiganti circa alla proprietà di una cosa doveano tenerla con le mani, e, presente il pretore, profferir le parole ordinate per la vendicazione. Litigandosi adunque di uno stabile, il pretore doveva recarvisi. Ma in progresso di tempo, dilatate le giurisdizioni, e crescinti i litigi, s' introdusse di portare innanzi al pretore una propria zolla del fondo disputato, e su questa metter le mani. Ultimamente, anche queste fu tolto, e tutta la forma si ridusse a parole. (*Trad.*)

(3) Noi avevamo ammessa questa spiegazione nella 2ª edizione, p. 68.

(4) Il che già si sa dell' interdetto *unde vi*: quant' è agli altri, se ne [illegible] §§. 41 e 42.

(5) *Storia romana*, t. [illegible] e seg., 170 e seg. della 2ª ediz.

(1) Niebuhr, t. 2, ha riuniti moltissimi luoghi di autori. Noi aggiungiamo i seguenti: T. Livio, VII, 16: « Eodem anno [illegible] Licinius Stolo « .... est damnatus, quod mille [illegible] agri cum « filio *possideret*, emancipandoque filium [illegible] « legi fecisset ». Tutti gli altri autori, raccontando questo fatto, si esprimono nella [illegible] Columella, I, 3; Plinio, *Hist. nat.* XVIII [illegible] Val. Massimo, VIII, 6. [illegible] Quest' ultimo pero con quella sua vaga ed incerta maniera di narrare, sfigura tutta cotale storia; avvegnachè egli trasformi la emancipazion del figliuolo, evidentemente personale, in una emancipazion di fondi a pro di esso figliuolo, la quale qui è del tutto impossibile: « Dissimulandique criminis gratia dimidiam partem filio emancipavit ». Un de' testi più decisivi, [illegible] ogni probabilità attinto ad una antica e buona fonte, hassi in Orosio, v. 18 (ad. a. 661): « Namque eodem anno... « *loca publica* quae in circuitu Capitolii pontifi« cibus, auguribus, decemviris et flaminibus in « *possessionem tradita erant*, cogente inopia ven« *dita sunt*: » cioè, furono ripresi e trasformati in *ager privatus*.

il nostro possesso e l'*ager publicus* non può certo spiegarsi in modo più semplice e soddisfacente, che con la identità originale delle slesse cose designate, la quale appunto noi sosteniamo.

A tal modo abbiamo anche una spiegazione ormai semplicissima, anzi proprio necessaria, di vari altri significati della parola *possessio*. Così, essa significa sovente il dritto di successione, ovvero una servitù, nei casi in cui tali dritti stando rigorosamente alla ragion civile non hanno forza, ma solamente son validi stando alla ragion delle genti spesse volte confermata dall' Editto del pretore. Questa osservazione ci conduce ad alcune particolari applicazioni:

a) Nel *damnum infectum*, e relativamente alla seconda *missio in possessionem* che vi poteva occorrere, il pretore diceva: *possidere jubebo* (1): e questo *possidere* designava il possesso bonitario accompagnato dalla *conditio usucapiendi* (2).

b) Quando un usufrutto non era valido per ragion civile, e solo potea prender valore da una disposizione della ragion pretoria, lo si chiamava *possessio usufructus*, per opposto a *dominium usufructus* ovvero *ususfructus qui jure consistit* (3).

c) Al modo medesimo è da interpetrare l'espressione *hereditatis* o *bonorum possessio*, la quale punto non denota, come si potrebbe credere, il vero possesso delle cose costituenti una successione, ma sì la peculiar natura del dritto di successione pretorio (4). L'erede pretorio, infatti, non ha la qualità di *heres*, ma soltanto gli è assomigliato per mezzo di una finzione (5); di guisa che la *bonorum possessio* è rispetto alla *hereditas* quel medesimo, che la proprietà bonitaria rispetto alla quiritaria.

Siffatto significato della parola *possessio* è molto naturalmente venuto da quello che noi abbiamo da prima indicato, ch'era il dritto che taluno aveva all' *ager publicus*. Conciossiachè tutti i casi testè rassegnati aveano questo di comune, ch'essi veramente non presentavano punto la proprietà romana nello stretto senso (*ex jure Quiritium*), ma sì qualche cosa di somigliante nello effetto, cioè a dire il dritto esclusivo di un solo al godimento ed all' uso della cosa: la qual generale simiglianza potea benissimo, qual che peraltro fosse la differenza de' dritti, dar luogo ad un nome comune. La stessa analogia fu senza dubbio cagione che si chiamasse egualmente *possessio* il dritto che potevasi avere al suolo provinciale.

Quel medesimo significato di *possessio* fu poi trasferito dal diritto proprio all' obbietto di esso diritto. Così Giavoleno dice in un luogo molto notabile, che *ager* e *possessio* son differenti rispetto al dritto; il primo essendo un fondo tenuto in proprietà quiritaria, e la seconda un fondo accidentalmente tenuto in proprietà bonitaria (come per esempio un *fundus italicus*, di cui siasi soltanto fatta tradizione), ovvero essenzialmente incapace di proprietà quiritaria (1). Noi teniamo per fermo ch'egli queste ultime parole riferisca a' fondi provinciali, ma esse egualmente bene si adattano all'antico *ager publicus*.

Pertanto, la storica disamina della origine del possesso, qual è presentata da Niebuhr, viene a strettamente collegare parecchi significati della parola *possessio* al tutto distinti (2): la qual conseguenza è certamente di gravissimo momento a persuaderci la verità della sua storica ipotesi.

2. Questa medesima ipotesi serve a spiegare nel più semplice modo perchè gl' interdetti ordinati alla ricuperazione del possesso (*interdicta recuperandae possessionis*) non potevano usarsi per cose mobili. Cotal restrizione a' soli stabili era un residuo dell'originario obbietto della *possessio*, secondo la

(1) L. 7, pr. D. *de damno infecto.*
(2) L. 15, §. 16, 17, D, *ib.* — L. 18, §. 15, *eod.* — L. 5, §. 25, D. *de poss.*
(3) L. 3, D. *si ususfr. pet.* — Conf. L. 1. pr.; L. 4; L. 29, §. 2, D. *quib. mod. ususfr.* — L. 29, D. *de usu et ususfr. leg.*
(4) L. 3, §. 1. D. *de bon. poss.*
(5) Ulpiano, XXVIII, 12.

(1) L. 115, D. *de verb. sign.* « Possessio ab « agro juris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos *non pertinet*, hoc possessionem appellamus. Possessio « ergo usus, ager proprietas loci est ». — Alciato ha lungamente spiegato questo passo (*De quinque pedum praescript.*, n. 76-119, e su detta L. 115); ma egli l'ha per più rispetti franteso. Gli avversari suoi hanno anche meno saputo cavarsi d'imbarazzo (*Opusc. de latinit. Jc.* ed. Duker, p. 64, 70, 85). — Il primo a dar la vera spiegazione è stato Brissonio (*Select. antiq.* IV, 1); ed i più degli autori lo hanno seguitato.
(2) Se la esposta deduzione non fosse tanto naturale, quanto ognun vede ch'essa è, si potrebbe anche andar oltre, e dedurre da quant'è detto che *possessio* importasse la proprietà in generale (v. più sopra).

quale ella apparteneva solo ai pubblici terreni (*ager publicus*) (1).

3. Parimente il *precarium*, il quale nelle nostre fonti di dritto ha faccia di un vero enimma, riceve ora un significato molto preciso e bastante a perfettamente spiegare il suo strano carattere. Esso, infatti, dinota la condizion giuridica del clientolo dimorante, come vassallo, nella *possessio* del patrono. Questi aveva il dritto di ritorre lal godimento al cliente a sua posta, e l'interdetto *de precario* era destinato a cacciar via quel clientolo che non volesse lasciare il fondo di cheto (§. 42).

4. La nostra ipotesi somministra pure una spiegazione istorica di quella incongruenza della quale ragionammo più sopra, cioè che l'affittaiuolo dell'*ager vectigalis* avesse il possesso della cosa, benchè non gli si potesse attribuire altro che un *jus in re*. Avvegnachè, l'*ager vectigalis* fu instituito per analogia dell'antico *ager publicus*, e per numerose che fossero le differenze tra l'uno e l'altro (2), egli era ben naturale che da siffatta analogia (lasciando stare ogni altra ragione) discendesse più di una regola pratica per l'*ager vectigalis*. Ora, avendo il possesso appunto avuto origine nell'*ager publicus*, era regolare che fosse lasciato sussistere nell'*ager vectigalis*, il quale non altro era che una novella forma del primo. Tale spiegazione è certamente assai conforme a quello amor dell'antichità, che il vecchio dritto romano per tutto rivela.

5. Ecco ora pure la intera connessione dell'antica *possessio* con le nostre fonti di dritto. Originariamente, cioè fin da' primi tempi, due sorte di dritti sul suolo vi furono: la proprietà, che avea per obbietto l'*ager privatus*, e per difesa la vendicazione; e la *possessio*, che avea per obbietto l'*ager publicus*, e somigliante difesa (a parer nostro) negli interdetti pretoriani. — Tempo dopo, il pretore fermò quest'ultima istituzione nell'Editto; e per siffatto modo gli interdetti divennero de' mezzi di ragion pretoria, probabilmente senza cangiamento notabile nelle regole medesime del dritto. — Dopo anche altro tempo, parve bene, la *possessio* ordinata già per l'*ager publicus* applicare eziandio all'*ager privatus*, a cui manca bisogno faceva e per cui certamente non sarebbe stata introdotta. Questo allargamento fu egli anteriore o posteriore all'ammessione degli interdetti nell'Editto? A che modo esso Editto lo ricevette e lo trattò? Non si sa che rispondere. La sola cosa, che storicamente se ne sappia di certo, è che al tempo di Cicerone gli interdetti erano già introdotti. Nulladimeno, noi troviamo nell'Editto medesimo alcune tracce della originaria attenenza della *possessio* con l'*ager publicus*. Una se n'ha nella forma degli interdetti, ch'era la medesima sì per la *possessio* che per il *locus publicus*, il *flumen publicum*, eccetera: onde poi la prossimità di tali obbietti nell'Editto, appunto come tuttavia nelle Pandette. Una seconda traccia è nella formola dell'interdetto *uti possidetis*, dalle Pandette data in questi termini: « uti *eas aedes*... possidetis... vim fieri veto »; ma che per addietro era: « uti nunc possidetis *eum fundum*... vim fieri veto (1) ». Dove pare che la formola antica fosse ancora un avanzo della detta attinenza della *possessio* con l'*ager vectigalis*, ma che poi, dimenticata sempre più quella connessione, si fosse a *fundum* sostituito *aedes* per questo, che in Roma veramente non occorreva esempio più importante nè più frequente degli edifizi.

(1) (Agg. alla 4ª edizione.) Non intendiamo dire con ciò, che senza siffatta ipotesi non si avrebbe modo alcuno di spiegare la detta circostanza; essendo da notare che in fatto di mobili si suole, nel maggior numero de' casi, ricorrere ad altre azioni non fondate punto in sul possesso (§. 40).

(2) Niebuhr. t. 2°. p. 165 della 2ª ediz.

(1) Festo, v° *possessio:* egli allega fin dal principio Gallo Elio, dal quale può benissimo aver tolta questa formola. — Huschke ha non è guari tentato di provare con ragioni plausibili che l'Editto conteneva due formole distinte di questo interdetto, una pe' poderi (*fundus*), l'altra per gli edifizi (*aedes*) (Comm. sul passo di Varrone ec. p. 109 e seg. .

SEZIONE SECONDA

Dell' acquisizione del possesso

§. 13.

Noi abbiamo già delineato i limiti di questa sezione, esponendo ciò che dobbiamo materialmente comprendere sotto il nome di possesso (§. 10). Ogni acquisizion del possesso ha per base un atto corporale (*corpus*, *factum*), accompagnato da una determinata volontà (*animus*) (1). Il fatto dev' essere di sorte, che metta l' acquistator del possesso in istato di trattar la cosa a suo talento ed in esclusione di ogni altro, cioè a dire di esercitare il dritto di proprietà. La volontà dee proporsi di risguardar la cosa effettivamente come propria: e anche quando il possesso *derivi* dal possesso di un altro per mezzo di un atto giuridico, egli è sufficiente che la volontà miri a siffatto *trasferimento* perchè il possesso possa acquistarsi eziandio riconoscendo la proprietà di un altro.

Ma il possesso è considerato come dritto, e tutti i dritti si possono acquistare non solamente co' propri atti, ma eziandio mediante quelli de' propri schiavi o de' figliuoli (2); oltre a' quali due casi, si acquista altresì il possesso per mezzo di altre persone (3). Se non che, dovendosi ogni volta che per altrui mezzo si acquista il possesso, applicare al modo dell'acquistare la regola medesima che quando l' uomo acquisti da se stesso, per questa parte è da veder sidamente come siffatta regola si debba applicare.

Posto ciò, le ricerche di questa sezione avranno per obbietto:

1.° L'atto corporale, ch'è la prima condizione di ogni possesso;

2.° La intenzione, la qual dee concorrere col detto atto corporale, così nel possesso originario, come nel derivato;

3.° L'applicazione delle medesime regole all' acquisizione per mezzo di altri.

Solamente nella fine della sezione ci sarà possibile di compiutamente mostrare in che l' acquisizion del possesso si differenzi da quella di tutti gli altri diritti.

§. 14. *Del prendimento.*

In tuttaquanta la teoria del possesso par che niente si possa così agilmente e con tal sicurezza determinare, come le qualità dell'*atto corporale* (apprehensio) necessario all'acquisizion del possesso: e pure non v' è punto del dritto romano, che sia stato più stravolto di questo. Tutti gli autori hanno inteso per tal fatto un contatto immediato della cosa, e non ne hanno per conseguenza ammesso che due specie, una consistente nel metter le mani su le cose mobili, l'altra nel metter piede in sulle immobili. Ma presentando il romano dritto infiniti casi, ne' quali il possesso si acquista sì con atti corporali, ma senza immediato contatto, hanno eglino riguardato cotali atti siccome simbolici, rappresentanti con una finzione di dritto la verace presa di possesso (*actus adsciititii*, *apprehensio ficta*). La generale ammessione di tale avviso (1) non avendo mai fatto sentire la necessità di provarne la giustezza, non vi è stata occasione di dissenso infra gli autori. A noi dunque basterà, quanto alla storia di siffatta sentenza, di far qui notare che i Chiosato-

---

(1) « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore ». L. 3, §. 1, D. *de poss.* — « Possessionem adquirimus et animo et corpore... « Paolo, V, 2, §. « 1. — L. 8, D. *de poss.* — L. 153, D. *de R. J.*

(2) Pr. J. *per quas personas.*

(3) §. 5, J. *eod.*

(1) Diciamo *generale*, perchè l'eccezioni sono di nessun momento, e nulla han potuto. Alcuni, per esempio, hanno fuorviato dietro principi erronei del dritto naturale, fino a credere che tutto dipenda dalla sola *manifestazione della volontà*. Tali sono: S. P. Gasser, *Diss. de apprehensione poss.* Hal. 1731 (cap. 1, 2). — Beni. Pauw, *Diss. de appr. poss.* Traj. 1737 (cap. 1, 2). — Trovo ancora tracce più antiche di questa opinione, per esempio presso Noodt (*Probab.* II, 6), il quale anzi vuole che siavi stata infra' giureconsulti romani controversia circa al prendimento.

ri già la tenevano (1), e che Donello medesimo non l'ha punto schivata (2).

Ora, noi provammo più sopra (§. 5), che il dritto romano spesso ammette il possesso in casi, ne' quali non esiste la detenzione naturale. Non può dunque esser dubbio alcuno della possibilità di un possesso fittizio, e tutto qui si riduce a sciogliere il seguente quesito: Trovasi egli effettivamente, nell'acquisizion del possesso, una finzione, mediante la quale degli atti simbolici possono far le veci del vero prendimento (3)? Quanto un'adeguata risposta importi alla teoria, sel vede ognuno: ma anche rispetto alla pratica non poche conseguenze ne dipendono, non ostante che si tratti propriamente della sola interpetrazion giuridica di casi riconosciuti per altro espressamente dalle fonti del dritto come acquisizioni di possesso. Perciocchè se cotali casi si fondano unicamente in una finzione di dritto, è forza restrignerli a più d'un modo; nè i nostri giureconsulti han mancato di farlo, contuttochè delle loro restrizioni punto non parlassero i testi. Così, si esclude ogni acquisizione di questa fatta, quando l'atto sia illegale, epperò indegno de' vantaggi di una finzione di dritto (4). Il medesimo è quando l'uomo acquisti il possesso non con atti suoi propri, ma col mezzo di altri (5): e v'ha fino di quelli che questo modo di acquistare restringono alla sola trasmessione dell'altrui possesso per via di *tradizione* (6), cioè lo considerano come conseguenza della proprietà; la quale, adunque, dovrebbe maisempre acquistarsi anch'essa da colui, che volesse per tal modo acquistare il possesso (1). Di altro conseguenze di tale opinione, che sono più particolari, tratteremo ne' propri luoghi.

Tutta cotale sentenza, guardata soltanto nel generale, si mostra lontanissima dal vero, quando si pon mente all'uso degli atti simbolici in altre materie del dritto romano. La mancipazione, la manomessione, la vendicazione, e tutti gli atti di tal natura, ne' quali occorrono realmente delle forme positive, sono affatto propri del dritto romano, mentrechè simiglianti forme positive non erano adoprate in alcuno degli atti giuridici usati altresì presso le altre nazioni, come ad esempio la vendita, la locazione, ec. Ora, il possesso in se medesimo è molto meu giuridico degli atti di questa seconda sorte; anzi, originariamente, egli non è giuridico in conto nessuno. Vero è, che ad esso si attribuisce un doppio rapporto col diritto, particolarmente con la *usucapione*, la qual è pure una instituzione al tutto peculiare del dritto romano: ma sendochè appunto la durata del possesso dee qui supplire al suo difetto, non havvi in cotal rapporto col dritto civile alcun motivo di far servire le proprie forme romane all'acquisizion del possesso. Contraffarebbe dunque ad ogni analogia chi ammettesse l'acquizion del possesso aversi a faro per mezzo di atti simbolici. E cresce spezialmente l'argomento per la estesa applicazione che far si dovrebbe di cotali atti simbolici. Infatti, se l'opinione degli avversari portasse ad ammettere l'acquisto per atti simbolici solamente in qualche rari casi, potrebbe questa medesima rarità far pensare che fosse uno sbaglio inavvertitamente corso o mantenutosi nella trattazione del modo di acquistare il possesso. Ma tanto è ciò lontano, che anzi nella maggior parte de' casi il possesso acquistasi appunto nel modo che si suol dare per simbolico. In fatto di stabili, per esempio, l'acquisizione simbolica dovrebbe quasi generalmente aver luogo, perciocchè non è possibile di porre i pie' sopra tutte le parti di un fondo, e qualunque parte tralasciata non si ha per naturalmente presa: quant'è a' mobili poi, raro certamente al prenditore succede di prender tuttaquanta la cosa e di stingersela in mano. Ondechè, dovendo l'acquisizion simbolica, nel modo

(1) Azo, *Summa in C. tit. de poss.* n° 7, 8 (fol. 134).

(2) Donello. *Comm.* V, 9.

(3) Sicchè il *possesso fittizio* è il genere, che comprende siccome specie il possesso fondato sopra un *prendimento fittizio*. Parecchi autori sonosi argomentati, con molta fatica, ma vana, di confutare un tal rapporto: Alciato, sulla L. 18. *D. de poss.* n° 3, 4 (p. 1215). — Duareno, sulla L. 1, §. 21. D. *de poss.* (p. 840).

(4) Hetes, *De poss.* P. 1, c. 2, §. 18. — Gomez, *in Leges Tauri*, L. 45.

(5) Zasio, sulla L. 1, §. 21, D. *de poss.*, e sulla L. 18, eod. — Valenza, *Ill. jur. trac.* L. 1, tr. 2, cap. 14.

(6) Alciato, sulla L. 1, pr. D. *de poss.*, numeri 56-61 — Donello, *Comm.* V, 9. — Obrecht, *De poss.* c. 6. — Vedremo nel §. 18 il vero di questa opinione.

(1) Azo, *Summa tit. de poss.* num. 7, 8 (fol. 131. — Zasio, *l. cit.* — Wenck, *Diss. de traditione etc.* p. 6-8; 12; 43 seg.

ch'ella è ammessa, aver luogo nel più dei casi, non avrebbero potuto i giureconsulti romani non avvertire uno sbaglio, che l'uso quotidiano avrebbe lor messo continuamente innanzi agli occhi.

Se dunque non si ammette in dritto romano alcun fittizio prendimento, ma piuttosto si riferisce qualunque acquisizion del possesso ad un medesimo atto corporale, e' bisognerà determinare altrimenti, che tutti gli autori non abbiano tacitamente fatto finora, l'idea di cotale atto; perciocchè solo siffatta tacita supposizione gli ha indotti ad ammettere un prendimento fittizio. Per giungere ad una giusta idea del vero, crediamo meglio di prender le mosse dallo stesso errore combattuto.

Colui che tiene una moneta nella sua mano, senz'alcun dubbio è possessore di quella: dal quale caso, e da altri siffatti, è stata dedotta l'idea di un *contatto corporale in generale*, costituente la essenza di qualunque acquisizion del possesso. Ma questo caso include ancora qualche altra cosa, solo accidentalmente congiunta al detto contatto corporale; ciò è la fisica possibilità di esercitare un'azione immediata in sulla cosa e di escludere ogni azione straniera. Nessuno negherà che detto caso non racchiuda le due cose; e ciò che pruova la loro coesistenza esser soltanto accidentale, si è che la mentovata possibilità può stare senza il contatto, e questo senza di quella. Può stare la sola possibilità, perchè chi può sempre che gli è in grado metter le mani ad una cosa che gli stia dinanzi, ei n'è senza fallo padrone assoluto, non punto meno che s'egli l'avesse effettivamente pigliata. Può stare il contatto senza la detta possibilità, perchè uomo legato è in immediato contatto con le corde, e nondimeno si potrebbe piuttosto dire ch'egli è dalle corde posseduto, che non possessore di quelle.

Questa *fisica possibilità* dunque è il vero fatto necessario ad ogni acquisizion del possesso, ed il solo che ci faccia abilità di spiegare ad un medesimo modo tutte le disposizioni particolari delle nostre fonti di dritto: e poichè in essa non è necessario il corporale contatto, non si vede più caso alcuno, in cui debbasi ammettere un prendimento fittizio (1).

Possiamo addurre in sostegno della nostra opinione una doppia pruova istorica, cioè una prova generale, ed un'altra particolare somministrata dalle singole applicazioni delle nostre fonti di dritto: e dopo ciò soltanto sarà possibile di esattamente definire la nozione dell'atto corporale da noi qui semplicemente accennata. La pruova generale si ha in un luogo di Paolo, dove questo giureconsulto non propone un caso particolare, ma pone senza restrizione alcuna la regola che il contatto corporale non è propriamente necessario all'acquisizione, essendo già sufficiente il solo aspetto della cosa presente (1). All'incontro, non havvi un solo testo, il quale affermi in generale la necessità del detto contatto. Non si può, infatti, interpetrare in tal senso la espressione *adipiscimur possessionem* CORPORE (§. 13); perciochè troppo madornale errore sarebbe, siccome ognuno può convincersi, considerando che la stessa espressione si adopera per la perdita del possesso (§. 30), la qual certamente non richiede contatto. *Corpus* altro non è che l'effetto estrinseco, contrapposto all'intrinseco, ch'è l'*animus*.

§. 15. *Del prendimento delle cose immobili.*

Passiamo ora all'esame delle singole applicazioni.

---

(1) Nell'analisi di questo libro fatta nell'*Allg. L. Z.* (1804, n° 42), l'autore respinge in tutto la nostra sentenza, ed insieme co' giureconsulti stati sin oggi pone il contatto corporale per condizione del possesso, pretendendo che tal regola sia poi stata rallentata in parecchi casi speciali, ma non mai tanto, che le si potesse sostituire la nostra. Ma questa è una petizion di principio, attesochè appunto da' testi, generalizzando le singole applicazioni, noi ricaviamo qual fosse in origine la condizion del possesso. La regola da noi stabilita ha retto questa materia fin dal principio, benchè non avesse alla prima tutta la sua purezza e generalità, ma solo un'assai ristretta applicazione ad alcuni casi: i giureconsulti posteriori non hanno fatto ch'esprimerla più nettamente, o rimondarla di ciò che le suo applicazioni avevano di accidentale, senza punto rilassarla. Basta considerare come i romani giureconsulti s'esprimano intorno a un vero *jus singolare* (per esempio intorno alla conservazion del possesso *solo animo*), per esser chiaro che qui non si tratta punto di dritto sì fatto.

(1) L. 1, §. 21, D. *de poss.* « Non est enim « corpore et tactu necesse apprehendere possessio- « nem, sed etiam oculis et affectu ». Tutti i MS. leggono *actu*, la qual parola egualmente sta bene (Wieling, *Lect.* I, 9): *tactu* però, che appena può dirsi una emendazione, dà un senso molto più preciso, ed è confermato ancora da' Basilici. F. Faber, *Err. pragm.* 75. 2. — Noodt, *Probab.* II, 6. — Wenck, *Tc trad.* p. 48.

Prima quistione: Che dobbiamo noi fare per acquistare il possesso dalle cose immobili (*fundus*)?

Egli è necessario e sufficiente a tale effetto l'*esser presente* nel fondo, senza bisogno di nulla farvi: « Quaedam mulier fundum « (ita) non marito donavit per epistolam... « Proponebatur, quod etiam *in eo agro, qui « donabatur, fuisset* cum epistola emittere- « tur: *quae res sufficiebat ad traditam posses- « sionem...* » (1).

È manifesto che la definizione da noi già data dell'atto corporale, è qui perfettamente applicabile; perciocchè chi si ritrovi in un fondo può in ogni momento non pur farne il suo piacere, ma eziandio rimuoverne chiunque altro. Ora, sì l'una che l'altra cosa può da lui esser fatta non solamente di quella parte del suolo in sulla quale egli sta, ma altresì dell'intero fondo; nè già la pressura de' piedi costituisce il possesso del fonde, ma sì la immediata prossimità, la qual pone l'uomo in grado non solo di mettere in qualunque istante i piedi su ciascuna parte del fondo, ma parimente di fare di esso fondo ogni sua volontà: « Quod autem dixi- « mus et corpore et animo adquirere nos « debere possessionem, non utique ita acci- « piendum est, ut qui fundum possidere ve- « lit, *omnes glebas circumambulet: sed sufficit « quamlibet partem ejus fundi introire...* » (2).

Per lo stesso motivo è chiaro altresì, non esser nè pure necessario di entrare nel fondo; perciocchè chi vi sta accanto, e tutto con lo sguardo il comprende, non ha manco potere in sul fondo, che chi vi stia dentro: « Si *vicinum mihi fundum* mercatum ven- « ditor *in mea turre demonstret*, vacuamque « se tradere possessionem dicat, *non minus « possidere coepi, quam si pedem finibus in- « tulissem* » (3).

Tutto questo è strettamente connesso con la definizione nostra dell'atto corporale: ma i moderni giureconsulti hanno maisempre qui veduto una finzion di dritto, la qual supplisse all'unica vera acquisizione, consistente nel corporale contatto. La Glosa però, per cavarsi d'impaccio, ha preso un altro partito molto notabile (4): secondo essa, per fatto richiesto nell'acquisizion del possesso non è da considerare il *contatto corporale*, ma il *convincimento acquistato per mezzo de' sensi* che l'obbietto del possesso realmente esista; e poichè, seguita a dire, cinque sensi vi sono, ciascuno d'essi (per esempio, *la vista*) può far acquistare *il* possesso: ond'ella conchiude che riguardando una cosa può l'uomo acquistarne il possesso, quando bene quella fosse distante *per decem miliaria* (1).

Abbiamo veduto la *presenza* corporale esser quella che ci abilita a far della cosa secondo il nostro talento: ma che sarà, se un altra persona sia presente nel tempo medesimo, e voglia egualmente possedere la cosa? Chiaro è che qui la presenza dell'uno impedisce il possesso dell'altro, nè altra via di levar tale impedimento vi ha, che queste duo, *la volontà* d'uno d'essi, e la *violenza.*

La volontà d'uno d'essi rende appunto *il* possesso possibile in ogni *tradizione*. Il compratore introdotto nel fondo dal venditore trovasi negli stessi rapporti fisici di quest'ultimo con la cosa in vendita: il venditore però ha fino a questo istante la volontà di restar possessore. Ma dichiarando egli che il compratore debba quindi innanzi avere il possesso, ogni ostacolo dalla sua presenza prodotto è levato di sua propria volontà. A tale circostanza si riferiscono quelle parole dell'ultimo testo per noi citato: « *vacuamque se possessionem tradere dicat* ».

Ma oltre alla *volontà*, anche la *violenza* d'uno de' due può fare che la sua presenza non osti; essendo evidente che il poter del possessore è decisivo così quanto egli giunge a dominare *la* resistenza altrui, come quando effettivamente nessun gli resiste. Tanto si ha nel testo seguente (2): « Species inducendi « in possessionem alicujus rei est, *prohibe- « re ingredienti vim fieri:* statim enim *cede- « re adversarium et vacuam relinquere posses- « sionem* jubet: quod multo plus est, quam « restituere ».

I Basilici, la Glosa e Cuiacio riferiscono questo frammento alla esecuzione che il pretore desse ad un giudizio con introdurre il vincitore nel possesso (3): ma nè le parole

(1) L. 77, D. *de rei vind.*
(2) L. 3, §. 1. D. *de poss.*
(3) L. 18, §. 2, *eod.*
(4) La Glosa, sulla L. 18, §. 2, *eod.* — Parecchi giureconsulti moderni han seguitato questo avviso, almeno nelle sue particolari applicazioni: p. e. Duareno, sulla L. 3, pr. D. *de poss.*

(1) La Glosa, sulla L. 1, §. 1, *eod.*
(2) L. 52, §. 2, *de poss.*
(3) Basil. L. 1 (presso Meermann, t. V. p. 49). — La Glosa, sulla L. 52, §. 2. D. *de poss.* — Cuiacio, sulla L. 52, §. 2, *de poss.* (*Opp.* t. 8 p. 515).

nè la sentenza del testo autorizzandoci a così restringerlo, dobbiamo universalmente intenderlo di ogni altro caso di viuta resistenza.

Adunque la personal presenza costituisce il vero atto, per cui si acquista il possesso di una cosa immobile. Ma per fuggire ogni equivoco, noi facciamo subito qui notare una restrizione da farsi a questa regola, riserbandoci a provarla nel proprio luogo, che sarà la terza Sezione. Il possesso di un immobile non è perduto, se non quando il possessore abbia di ciò avuta cognizione; e poichè non può la stessa cosa aver più possessori (§. 11), dee la nostra regola applicarsi come segue. O la cosa aveva fino a quell'ora un altro possessore, o non ne aveva alcuno (*vacua possessio*): nel secondo caso, la nostra regola non ammette restrizione; ma nel primo, il solo fatto non dà peranco il possesso, abbisognando inoltre che il possessore attuale ne abbia notizia. Ed avendola, il nuovo possesso si può acquistare o contro suo volere (*dejectio*), o di suo grado (*traditio*); e quand'è di suo grado, egli può essere o presente (*inducere in possessionem*), o assente (*mittere in possessionem*).

§. 16. *Del prendimento delle cose mobili.*

Seconda questione: Come si acquista egli il possesso di una cosa mobile?

Che il possesso di una cosa mobile si acquisti mediante l'effettivo prendimento, è cosa tanto fuori di dubbio, che le nostre fonti di dritto tacitamente la suppongono. Perciò noi qui ci limiteremo all'esame di quei casi, ne' quali il possesso si acquista senza effettivamente pigliare la cosa.

Faremo innanzi tratto notare, che rispetto alle cose mobili, appunto come rispetto alle immobili, la *presenza immediata* può, senza finzione alcuna di dritto, tener vece del prendimento effettivo, e che perciò tra prendere effettivamente una cosa mobile, e poter prenderla sempre, non è differenza veruna. Che anzi tal maniera di prendimento sia più ordinaria, quando la estensione ovvero il peso della cosa è tanto, che non si possa *facilmente* mutarla di luogo, i seguenti testi il dimostrano:

1. L. 79, D. *de solut.* « Pecuniam, quam « mihi debes, aut aliam rem, si *in conspe-* « *ctu meo ponere* te jubeam, efficitur ut et « tu statim libereris, et mea esse incipiat: « nam tum quod a nullo corporaliter ejus « rei possessio detineretur, adquisita mihi, « et quodam modo *manu longa tradita* ex- « stimanda est ». Qui l'attuale possessore è il solo che possa impedirmi di disporre della cosa a mio talento; ma di lui appunto il testo dice espressamente che i suoi atti hanno riconosciuto il mio possesso.

2. L. 1, §. 21, D. *de poss.* « Si jusserim « venditorem procuratori rem tradere, *cum* « *ea in praesentia sit; videri mihi traditam* « Priscus ait » (cioè a dire *a me proprio*, non solamente al mio mandatario, per mezzo del quale ancora io potrei veramente acquistare il possesso (1)): « idemque esse si « nummos debitorem jusserim alii dare; non « est enim *corpore et tactu* necesse adprehen- « dere possessionem, sed etiam *oculis et af-* « *fectu* (2): et *argumento esse* eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non « possunt » (cioè facilmente, da un solo uomo; perchè tali cose non restano di esser *mobiles*), ut columnas; nam pro traditis eas « haberi, *si in re praesenti consenserint*: et « vina tradita videri, cum claves cellae vi- « nariae emptori traditae fuerint: » (del quale esempio si ragionerà più innanzi). — Il senso di questo frammento è che, come cotale atto è sufficiente in quanto a quelle cose che non ne ammettono facilmente un altro, così parimente debba essere in quanto a tutte le altre cose mobili (*argomento esse* eas res, etc.).

3. L. 31, §. 1, D. *de donat.* « Species ex- « tra dotem a matre filiae nomine viro tra- « ditas, *filiae quae praesens fuit donatas*, et « ab ea viro traditas videri respondit ».

4. L. 51, D. *de poss.* (Javolenus, lib. V, ex Posterioribus Labeonis). « Quarundam « rerum animo possessionem apisci nos ait « Labeo: veluti si acervum lignorum eme- « ro, et eum venditor tollere me jusserit: « simul atque custodiam posuissem, tradi- « tus mihi videtur. Idem juris esse vino ven- « dito, cum universae amphorae vini simul « essent. Sed videamus, inquit, *ne haec ip-* « *sa corporis traditio sit*, quia nihil interest « utrum mihi, an et cuilibet jusserim, cu- « stodia tradatur: in eo puto hanc quaestio- « nem consistere, an *etiamsi corpore acervus* « *aut amphorae adprehensae non sunt*, nihi- « lominus traditae videantur: nihil video in-

(1) La Glosa interlin. (MS. Parigi, n. 4458 e 4455), alle parole *mihi traditam*: «Y. (Irnerius) « quasi expressim, praeter illam adquisitionem, « quae fit per Procuratorem ».

(2) *V.* sopra.

« teresse utrum ipse acervum, an mandato « meo aliquis custodiat: utrobique *animi* (1) « quodam genere *possessio erit aestimanda* ». La connessione intrinseca delle diverse parti di questo luogo di Giavoleno è la seguente: Labeone dice che si acquista per modo incorporale il possesso di certe cose, per esempio il possesso di una catasta di legne comperata, ponendovi un guardiano: e che il simigliante è del vino che altri abbia comprato. Nondimeno, aggiunge Labeone, bene si potrebbe questo modo di acquisto considerare come una tradizion corporale, perciocchè nulla monta, secondo lui, che il compratore prenda guardia della cosa egli stesso, o che l'affidi ad un altro. Quant'a me (entra allora a dir Giavoleno) (2), io son di avviso che non si debba in conto nessuno intromettere nella presente questione l'apponimento di un guardiano; perciocchè trattasi unicamente di sapere se nel caso proposto la tradizione è compiuta, contuttochè nè le legne nè le anfore del vino non sieno state corporalmente pigliate. Ora egli è certo che la tradizione è compiuta: ma da ciò si ha ragione di conchiudere che o direttamente o per mezzo di rappresentanti il possesso qui si acquista sempre *in un certo modo incorporale* (3) ».

5. L. 14, §. 1, D. *de peric. et comm. rei vend.* « Videri autem trabes traditas, quas emtor « signasset ». — L'apposizione della marca non è qui posto per requisito del prendimento, ma solamente n'è fatta menzione perchè era generalmente usato, e perchè se ne poteva argomentare l'*intenzione* delle parti. Questo spiega perchè in tal caso, in cui l'atto è il medesimo, nondimeno sia statuito il contrario (1).

6. L. 1, C. *de donat.* (Severo ed Antonino.) « Emptionum mancipiorum instrumen- « tis donatis et traditis, et ipsorum manci- « piorum donationem et traditionem factam « intelligis; et ideo potes adversus donato- « rem in rem actionem exercere ». Del qual testo ecco quale spiegazione noi diamo. Lucio, al quale il rescritto è diretto, dovea ricevere in donazione alcuni schiavi da uno che li avea comprati e che di tal compera teneva la scritta. Egli perciò fu con questo donatore; il quale, presenti gli schiavi, dichiarò la intenzione sua di donarglieli, e sì gli consegnò la scritta anzidetta. Ma gli schiavi rimasero in casa del donante: nè molto andò, che costui, pentitosi di tanta larghezza, non li volle più rilasciare, pretendendo di quella donazione non essersi fatto altro che prendere appuntamento. Se la pretensione era fondata, certo è che Lucio non aveva azione reale (*actio in rem*), anzi forse non aveva azione alcuna, tra per la legge Cincia, e per la mancanza di stipulazione. Tutte dunque dipendeva dalla intenzion delle parti di effettuar di presente una vera donazione: la quale intenzione constando, niente altro mancava alla tradizione, perciocchè gli schiavi erano stati presenti. Lucio richiese gl' imperatori di ler parere, e quelli risposero che la consegnazione della scritta di compera provava l'intenzione di effettuare immediatamente una vera donazione, e ch'essendo così la tradizione e la trasmession della proprietà realmente seguite, egli aveva un'azion reale avverso il donatore. — Interpetrato il testo a tal modo, vi si trova una applicazione della nostra regola, essendovi dimostrato che quando la intenzione è fuori di ogni dubbio, la semplice presenza della cosa basta alle effette del prendimento, e che nessun altro atto corporale vi si richiede. Vero è che noi nella nostra spiegazione siamo astretti a supporre presenti gli schiavi, mentrechè nulla di tal circostanza dice il rescritto: ma questo rescritto è decisione di unico caso, del quale perciò s'aspetta a noi trovare le condizioni; e la ipotesi nostra è affatto natu-

---

(1) Cuiacio legge: *corporis*, in luogo di: *animi*. *Recit.* sulla L. 51, D. *de poss.* nelle sue *Opp.* t. 8, p. 314; parimente ne' suoi *Paratit.* in *Cod.* lib. 7, t. 32). Correzione altrettanto arrischiata, che inutile.

(2) Tal è l'ordinaria e, secondo noi, la retta partizione di questo luogo. Nelle due prime edizioni ammettemmo che l'opinione propria di Giavoleno cominciasse con le parole *sed videamus*: ma tal sentimento è vittoriosamente confutato da Wenck (*Diss. de trad.*, p. 56); il quale però franteode tutto il testo, ed a forza il fa servire all'opinione sua propria.

(3) « *Animi quodam genere*, » cioè con la intenzione (*animus*) sola, se si prende il termine *corpore* nel suo significato affatto materiale, ch'è *corpore et tactu*; al qual sentimento contraddice la L. 1, §. 21, D. *de poss.* Ma se s'intende, secondo il vero, come atto esteriore in generale, si acquista eziandio *corpore* nel caso nostro: di sorte che la decisione del nostro testo non offende per nulla le regole generali della L. 3, §. 1, D. *de poss.* (§. 15).

(1) L. 1, §. 2, D. *de peric. et comm. rei vend.*

ralo (1), e sopratutto concorda benissimo con la *in rem actio* mentovata in fine del testo, la quale chiaramente ci significa il donatore essere stato in possesso degli schiavi. Ogni altra spiegazione astringe egualmente a qualche ipotesi, ma tutte di gran lunga più arbitrarie ed ardite della nostra (2).

La regola, che la sola presenza, senza il contratto, può fare acquistare il possesso, presenta ancora le applicazioni e le modificazioni seguenti:

I. Quand'io fo consegnare ad una terza persona la cosa, onde altri voglia a me fare la tradizione, il possesso giuridico è stato effettivamente trasmesso a me, e da me a quell'altro (3). Questo principio posa sopra una semplice applicazione della nostra regola; perciocchè colui che mi permette di disporre della sua cosa presente; me ne fa padrone tanto assoluto, quanto se io me l'avessi realmente pigliata; anzi io uso effettivamente del mio potere in su quella, commettendogli di rimetterla ad un terzo. La semplicità dell'atto esterno, il quale ha luogo in tal caso, può facilmente coprire la complicazione dell'atto giuridico (1).

II. La presenza, generalmente, non dà il possesso, se non quando sia possibile di pigliar la cosa sempre che si voglia. Così, chi perseguita una fiera, non ne ha perauco il possesso, quantunque le sia per avventura vicinissimo: quando bene ci l'avesse mortalmente ferita, potendo ancora intervenire molti accidenti che gl'impediscano di prenderla (*multa accidere possunt, ut eam non capiamus*), nè pure in questo caso il possesso è acquistato, contuttochè alcuni giureconsulti romani sostengano il contrario (2). Pertanto, il possesso della fiera non può essere acquistato, se non da chi l'abbia realmente presa o ammazzata.

III. Quando la cosa sta dentro qualsisia luogo serrato, si ha la tradizione per compiuta, e quindi il possesso per acquistato, allorchè sieno state consegnate le *chiavi*. Era ben naturale che nelle chiavi non si vedesse altro che un simbolo, e che da ciò facilmente si passasse a pretendere che qualunque altra cosa poteva essere adoperata egualmente che le chiavi, non per altro nominate in dritto romano, che per modo di esempio (3). Veramente, non si può negare che le chiavi possano al paro di ogni altra cosa esser considerato siccome semplice simbolo; e quando nell'entrata che un re faccia in qualche città i magistrati gliene rimettono le chiavi, non si può questa cerimonia spiegare altrimenle. Ma le chiavi servono pure ad un altro uso, quasi ancor più frequente del predetto, cioè a dischiudere le cose rinchiuse; e di questo solo uso noi proveremo che qui si tratta. — Egli è, infatti, già dimostrato che la sola presenza è sufficiente al prendimento eziandio delle cose mobili,

(1) Nelle due prime edizioni avevamo ammesso con Fulgosio (*v.* Obrecht, *de poss.* §. 280) un *costitutum possessorium*. Ma siffatta convenzione si fonda in una ipotesi che non trova appicco alcuno nel testo medesimo; e gli schiavi possono benissimo essere per qualche caso rimasti in casa del donante, ch'è quanto dire non esserne usciti col novello padrone Lucio. La interpetrazione da noi data era dominante presso i glosatori. La *Glosa interlin. anon.* MS. Paris 4523, 4528) aggiunge alla parola *mancipiorum*: « praesertim in traditione, sicut dicitur de clavibus traditis coram horreo ». — La Glosa di Pillio (MS. Parig. 4536) dice: « Sed numquid est hoc intelligendum quando mancipia absunt? Respondeo: nequaquam, sed cum praesentialiter adsunt, ut ff. de rei ven. haec si res Pi ». — Accursio, v° *instrumentis*. « Sc. praesentibus servis datis.

(2) Per es. Wenck (*De tradit.* p. 30); il quale, stante il concetto da lui fattosi della tradizione, vuole spiegar questo frammento come se non vi si trattasse di tradizione alcuna, ed è necessitato a far le più arbitrarie ipotesi; alle quali frammischia pure altri errori. — Hufeland, *Neue Darst:* p. 121, per giungere a spiegare lo stesso testo, ricorre ad un dritto speciale per la tradizion degli schiavi; del quale, veramente, non troviamo traccia veruna. — Del resto, havvi notabil simiglianza tra 'l nostro testo ed una disposizione di Antonino, secondo la quale non è da stare al rigor della legge, quando si tratti della forma delle donazioni tra genitori e figliuoli. L. 4, C. Th. *de don.* — *Fragm. Vat.* §. 297, 314. Onde si potrebbe con qualche verisimiglianza ammettere che anco nel nostro testo si tratti di questo caso speciale, o che i compilatori del Codice di Giustiano lo abbiano con poca diligenza abbreviato. (Agg. alla 6ª ediz.)

(3) « Species extra dotem a matre *filiae nomi-* « *ne* viro traditas, *filiae quae praesens fuit, do-* « *natas, et ab ea viro traditas*, videri respondi ». L. 31, §. 1, *de donat.* — Conf. L. 3, §. 12, D. *de don. int. vir. et ux.* — L. 1, §. 21, D. *de poss.*

(1) « Nam celeritate conjungendarum inter se « actionum unam actionem occultari ». L. 3, §. 12, D. *de don. int. vir. et ux.*

(2) L. 5, §. 1, D. *de acq. rer. dom.* — §. 13, J. de rer. div. La L. 55, D. *adq. rer. dom.* decide secondo gli stessi principi un simigliante caso. La decisione si ha in queste parole: « ut, *si* « *in meam potestatem pervenit*, meus factus sit ».

(3) Schmalz, *Man. del dritto rom. privato*, §. 199. Konigsberga, 1801.

senz'esser necessario che realmente vi si mettan le mani. Ma bisogna altresì che ad ogni fatto dell'uomo si aggiunga l'*animus*, per operare l'acquisto del possesso; il quale *animus*, nella più parte de'casi, può solamente argomentarsi, troppo raro essendo che formalmente lo si esprima. Ora, nella vendita di un fondo, spesso può succedere che il compratore v'entri in compagnia del venditore, senza che nè questi abbia l'intenzione di trasferirne il possesso, nè quegli di acquistarlo. Parimente in quanto a mobili, allorchè le parti sono concordi circa la vendita, e che anche la cosa è presente, può nondimeno accadere che il compratore non abbia l'intenzione di acquistarne il possesso, s'ella sia dentro un luogo serrato, del quale egli non abbia la chiave; considerando egli che non potrà sempre che voglia, fare uso della cosa. Ecco perchè qui non si considera il possesso come acquistato, se non dopo la tradizion delle chiavi:

1. L. 9, §. 6, D. *de adq. rer. dom.* (§. 45, J. *de rer. div.*) « Item si quis merces *in horreo repositas* vendiderit, simul atque *claves horrei tradiderit* emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem ».

2. L. 1, §. 21, D. de poss. « .... et vina tradita videri, *cum claves* (2) *cellae vinariae emtori traditae fuerint* ».

Quando anche il compratore apponga suo marchio alla merce rinchiusa, se manca la tradizion delle chiavi, il possesso non è per ancora acquistato; benchè peraltro l'atto del marchiare possa benissimo costituire il prendimento delle cose non rinchiuse:

1. L. 1, §. 2, D. *de per. et comm. rei vend.* « *Si dolium signatum* sit ab emtore, « Trebatius ait, traditum id videri: *Labeo* « *contra. Quod et verum est*: magis enim ne « summuletur signari solere, quam ut tra« ditum videatur ».

2. L. 14, §. 1, *eod.* « Videri autem *tra« bes tradditas*, quas emtor signasset ». — Perciocchè tanto è ordinario di serbare il legname da costruzione in luoghi aperti, quanto è straordinario di non chiudere il vino. In tutti adunque cotali casi ammettesi, per una presunzione molto verosimile, che le parti non hanno *voluto* che la tradizione avesse luogo prima della consegna delle chiavi: ma poichè l'*animus possidendi* naturalmente non è efficace senza il prendimento, tutti questi frammenti intesi a ricercare se la intenzione di operar la tradizione debba o no esser presunta, posano in sulla supposizione che niente manchi al prendimento, cioè a dire che la consegnazion delle chiavi sia fatta *in presenza della cosa*. Perciò i compilatori han preso cura di prevenire, mediante il passo seguente, ogni dubbio su ciò:

L. 74, D. *contr. emt.* « Clavibus traditis, « *ita* mercium in horreis conditarum *posses« sio tradita* videtur, *si claves apud horrea* « *traditae* sint: » (ciò che segue non potrebbe esser più acconcio a chiarire e raffermare i principî da noi stabiliti circa il prendimento) « quo facto, confestim emtor domi« nium et possessionem adipiscitur, *etsi non* « *aperuerit horrea* ». Il che vuol dire che chi è separato dalle cose per mezzo di una porta chiusa, non le possiede più di chi n'è lontano; ma che il medesimo avendo la chiave, può in ogni momento por mano alle cose, ed all'acquisto del possesso niente rileva s'egli realmente ciò faccia, anzi nè pure s'egli apra la porta (1).

§. 17. *Continuazione.*

Si può dunque acquistare il possesso delle cose mobili senza realmente pigliarle, sol che sieno presenti (§. 16). Ma può lo stesso acquisto aver luogo eziandio per un altro modo: perciocchè chi tiene una cosa *in sua casa*, può averne acquistato il possesso, senza che alcun altro atto sia intervenuto.

L. 18, §. 2, D. *de poss.* « Si venditorem, « quod emerim, deponere *in mea domo* jus« serim, possidere me certum est, *quam« quam id nemo dum attigerit* ». — Nel qual testo non supponendosi nè che la vendita sia stata conclusa in presenza della cosa, nè che il compratore siasi trovato nella propria ca-

(1) La Glosa interl. (MS. Paris n. 4458 e 4455) alla parola *claves* aggiunge: « Y. (Irnerius) quasi adminiculum custodiae; » onde si vede ch'essa non risguarda la chiave siccome simbolo, ma come strumento del natural potere che l'uomo allora ha sulla cosa. — (Agg. alla 4ª ediz.) Quentzel. *De literis recognitionis* (Leida, 1754) §. 26, nell'atto medesimo ch'egli dà alla consegna delle chiavi il nome di simbolica, fonda pure la efficacia loro sulla potestà che se n'ha di aprire e pervenire alle cose, e nega perciò lo stesso effetto alla consegnazione della polizza di carico. (Comunicazione del prof. Falck)

(1) Wenck, *De tradit.* p. 50, spiega questo passo mediante una erronea supposizione, cioè che si possa acquistare il possesso per mezzo della proprietà ed a cagione di essa, quando bene non vi fosse alcuna delle condizioni richieste per la esistenza del possesso in se medesimo.

sa allorquando la cosa vi è stata deposta, il solo fatto produttor del possesso è appunto il deponimento della cosa nella casa del compratore. Perciò il giureconsulto nota espressamente non esser punto mestieri che i famigliari del compratore abbian ricevuto la cosa in suo nome (*quamquam id nemo dum attigerit*); nella qual circostanza si sarebbe potuto per avventura vedere la propria causa del possesso.

L. 9, §. 3, D. *de jure dot.* « .... quid « enim interest, inferantur volente eo in do« mum ejus, an ei tradantur? »

Di questa regola facilmente si trova il perchè. Ciascheduno ha sulla propria casa un potere più fermo che su tutti gli altri suoi beni, e cosiffatto potere gli dà la *custodia* di tutte le cose in essa casa contenute. Tal è certamente stato il sentimento de' giureconsulti romani; e la pruova n'è che in altro simigliante caso il possesso è negato appunto per mancanza di *custodia* (1). — Da ciò si deducono facilmente le condizioni dell'acquisizione, ai tutto taciute dal citato frammento. E poichè la sola cosa, che importi al caso qui discorso, è che l'acquistatore *usi egli proprio dell'edifizio*, noi possiamo dire:

I. Che la detta acquisizione non dipende nè dalla proprietà nè dal possesso giuridico dell'edifizio. Perciò il pigionante d'una casa o d'un magazzino può acquistare in detto modo il possesso, tuttoch'egli non abbia nè la proprietà nè il possesso giuridico del luogo; nessun dubbio essendovi ch'egli, ancor senz'aver tali dritti, non abbia la *custodia* di tutte le cose ivi contenute.

II. Che la medesima acquisizione è poi impossibile a chi non usi egli stesso dell'edificio, contuttoch'egli ne abbia la proprietà ovvero il possesso. Quindi è che il proprietario d'una casa *locata* non può nel detto modo acquistar possesso *alcuno*, per la stessa ragione per cui può l'inquilino; benchè quegli non abbia punto abbandonato il possesso giuridico della casa (2). — Questa seconda proposizione ci agevola l'interpetrazione del seguente luogo, il quale potrebbe altrimenti far dubitare della puntuale verità della nostra regola: « Qui universas ae« des possidet (possedit), *singulas res, quae* « *in aedificio sunt, non videtur possedisse* (1) ». Dove s'intende che il possesso giuridico dell'edifizio non porta con sè necessariamente anche quello delle varie cose in esso edifizio contenute, e che perciò non si può dal primo possesso conchiudere il secondo: la qual cosa parrà molto naturale a chiunque consideri che uno può divenlar possessore di una casa, senza abitarvi egli stesso; per esempio quando dopo averla comprata, egli l'appigioni al venditore medesimo (*constitutum possessorium*). Ma la contraddizione apparente di detto testo con la nostra regola può svanire ancora in un altro modo. Poniamo, per esempio, che uno acquisti il possesso d'una casa discacciandone il possessore: chiaro è che, potendo benissimo il possessor novello ignorare l'esistenza delle varie cose contenute dall'edifizio, egli in tal caso non le possiede, perchè non ha l'intenzione di possederle (*animus possidendi*).

I particolari, ne' quali siamo entrati per dichiarar la nostra regola, ci serviranno per decidere un altro somigliante caso, cioè il possesso de' *tesori*. Nella teoria della proprietà, tesoro è ogni cosa preziosa, la quale stia nascosta da sì lungo tempo, che possa omai risguardarsi come *senza padrone* (2): la qual clausola è qui molto naturale, perchè, supponendosi un padrone, non accadrebbe più ragionare di un particolar modo di acquistar la proprietà; tantochè lo scoprimento di un tesoro non altrimente appartiene alla teoria della proprietà, che nei termini sopraddetti. Diversamente è del possesso, rispetto al quale l'altrui proprietà per nulla si conta; tantochè qualunque ascosta ricchezza, possa o no trovarsene ancora il proprietario, è tenuta per tesoro. Ecco perchè i giureconsulti romani riferiscono il vocabulo *thesaurus* indistintamente ad ambo i casi (3), e credono questo loro uso tanto na-

(1) L. 3, §. 3. D. *de poss.*

(2) Le dette due proposizioni son confermate da alcuni luoghi somiglianti: L. 5, §. 2-5, D. *de injur.* — L. 22, §. 2; L. 23, §. 3, D. *ad L. J. de adult.* La somiglianza però di questi luoghi col caso nostro non è perfetta, essendo essi ristretti a' soli edifizi *per abitazione*.

(1) L. 30, pr. D. *de poss.* La Glosa e il più de' giureconsulti moderni spiegano le parole *res quae in aedificio sunt*, per le travi e pietre adoperate a costruir la casa. Se così fosse, il testo non darebbe più luogo a dubbio alcuno; ma la spiegazione è forzata.

(2) « Thesaurus est vetus quaedam depositio « pecuniae *cujus non extat memoria, ut jam do*« *minum non habeat: sic enim fit ejus, qui in*« *venerit, quod non alterius sit* ». L. 31, §. 1, D. *de adq. rer. dom.*

(3) Intendi: ad ambo i casi del possesso del tesoro: quando se ne possa ancora trovare il proprietario, e quando no. (*Trad.*)

lurate, da non abbisognare d'alcun'altra spiegazione. Altramente fanno la glosa ed i giureconsulti moderni; i quali distinguendo nei romani testi concernenti i tesori un *thesaurus* nel senso lato ed uno nel ristretto, già con questo solo mettono a soqquadro le regole tanto semplici de' giureconsulti romani. — Ancora, è evidente che un tesoro non differisce in dritto da verun'altra cosa mobile nascosta in un fondo, e che però se nelle nostre fonti giuridiche si tratta particolarmente del possesso de' tesori, è solo perchè questi dan luogo a' più frequenti casi di tale materia.

Pertanto, allorchè altri nasconde un tesoro o qualsivoglia altra cosa mobile in un fondo, il possessor del fondo ne acquista egli per ciò solo il possesso? In altri termini, l'azione dell'ascondere costituisce ella il fatto, che congiunto alla intenzione dello scopritore produce realmente il possesso? Questo caso si assomiglia a quello pur dianzi spiegato in ciò, che una cosa mobile è unita ad una immobile, senza pertanto far parte di questa: e poichè la deposizion di una cosa nella mia casa me ne fa acquistare il possesso, parrebbe conseguento di conchiudere nel presente caso il medesimo effetto a pro del possessore del fondo. Ma la causa del primo acquisto era la *custodia* affatto particolare a quel caso; e la stessa causa appunto impedisce che il possessor del fondo acquisti il possesso del tesoro (1) (2). Costui dunque, per acquistar tal possesso, deve al pari di ogni altro *disotterrare* il tesoro; e la maniera dell'acquisto è l'ordinaria o del prendimento o della immediata presenza (§. 16). — Tanto si ha ne' seguenti luoghi del dritto romano:

1. L. 15, D. *ad exhib.* « Thesaurus *meus* (1) « in tuo fundo est, nec eum poteris me effodere: cum eum *loco non moveris*, furti « quidem aut ad exhibendum, eo nomine « agere recte non posse me, Labeo ait: quia « *neque possideris* eum, neque dolo feceris, « quo minus possideres ».

2. L. 44, D. *de poss.* « .... cum si alius « in meo condidisset (pecuniam), *non alias* « *possiderem*, quam si ipsius rei possessionem (2) *supra terram* adeptus fuissem »...

3. L. 3, §. 3, D. *de poss.* (3): « Neratius « et Proculus (et) solo animo *non* pos- « se nos adquirere possessionem, si non an- « tecedat naturalis possessio (4). *Ideoque* si « thesaurum in fundo meo (5) positum sciam, « *continuo me possidere, simul atque possiden-* « *di affectum habuero: quia, quod desit natu-* « *rali possessioni, id animus implet* (6). Ce-

---

(1) Perchè se la detta causa era tutta particolare di quel caso, non poteva dunque fare il medesimo effetto in nessun altro, e quindi nè pure in questo del tesoro. (*Trad.*)

(2) Ma se il tesoro fosse stato nascosto nella *nostra* casa? Allora è da distinguere: se noi sappiamo ov'esso è, ne siamo possessori senza cavarnelo, *quia sub custodia nostra*; ma se senza conoscere il proprio luogo, sappiam solamente che un tesoro è nella nostra casa, non perammo ne siamo possessori, perchè il trovarlo dipende dal caso. Havvi pur differenza, in quanto al tesoro, tra casa e campo. La qual differenza a torto è negata dal Pfeiffer (*Dell'occupazione bellica*. Cassel. 1823, p. 17); come pure a torto egli pretende che noi possiamo acquistare il possesso di cosa da noi comperata, con farla deporre nel fondo di un altro. (Agg. alla 6ª ediz.).

(1) Dunque non si tratta qui del *thesaurus*, di cui si ragiona nello acquisto della proprietà, cioè di quello *senza padrone*: ed il medesimo si dica del testo che segue.

(2) La voce *possessio* è qui posta nel sentimento di possesso naturale ed il termine *possessionem adipisci* è usato come *condizione* del *possidere* (giuridico), al modo medesimo che in altri testi il termine *naturalis possessio*. L. 3, §. 3, 13, D. *de poss.*

(3) Si sono sempre gl'interpetri occupati molto di questo frammento. Quelli che meglio l'hanno trattato, sono: Engleb. De Man. *Diss. de thesauro ad L. 3, §. 3, D. Thes. Diss. Belg.* vol. 1, t. 2, p. 305 — 386 (sebbene queste ottantuna pagina contengano molte cose inutili), e Cupero, P. 2ª, c. 32, 33. — Noi daremo la nostra interpetrazione in una libera traduzione, la quale anche dichiareremo e giustificheremo con note.

(4) Pertanto, « *posse* nos adquirere (*solo animo*) possessionem, *si* antecedat naturalis possessio ». La quale affermazione è con bastante chiarezza espressa dalla doppia negazione, nè v'è bisogno di supporre che tal parte del principio sia stata omessa da Paolo, o pur da qualche copista.

(5) Nulla qui monta la *proprietà* del fondo: il necessario è che se n'abbia la *detenzione*. *Meus fundus* è detto dal giureconsulto solo perchè da principio, in origine, la detenzione è congiunta alla proprietà. Se il tesoro si trovasse in un fondo affittato, si tratterebbe del dritto del fittainolo, e non punto di quello del proprietario.

(6) Ecco l'analisi di questo testo: Primieramente, si cita una regola generale, cavata dall'opere de' due giureconsulti, e non soggetta a dubbio alcuno: poi si toglie dalle stesse opere un'applicazione di detta regola a' tesori; dove si ricorda una opinione differente intorno a tal caso, e la si respinge: da ultimo si riferisce circa il medesimo caso una terza opinione, la quale si appro-

« terum, quod Brutus et Manilius putant,
« eum qui fundum longa possessione cepit,
« etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat
« in fundo esse, non est verum: is enim
« qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat: sed et si sciat, non
« capiet longa possessione; quia scit alienum
« esse (1). Quidam putant Sabini sententiam
« veriorem esse, nec alias eum, qui scit,
« possidere, nisi si loco motus sit; quia non
« sit sub custodia nostra: quibus consen-
« tio (2) ».

---

va. — I nostri giureconsulti hanno immaginato che la regola di Nerazio era in contraddizione (reale, o almeno apparente) con l'applicazione ch'egli ne fa: ma questo loro errore aveva due cause. La prima è, che si vedeva bene che il termine *naturalis possessio* designava qui la parte fisica del possesso (il fatto); ma intendendosi per tal fatto il corporale contatto, non pareva possibile che si parlasse qui della *naturalis possessio* del tesoro: mentre che ciò può benissimo esser capace ad ognuno, se pel fatto s'intende la possibilità d'immediatamente esercitare la propria azione (la *custodia*), la quale appunto Nerazio presupponeva per isbaglio. La seconda causa è, che le parole « *quod desit naturali possessioni* » si traducevano « ciò che manca per ancora all'esistenza della *naturalis possessio* »: ma la *nat. possessio* esiste pienamente secondo il nostro testo, e solo non è accompagnata da quella condizione esterna che la fa possesso giuridico. — Perciò la Glosa alle parole « si non antecedat naturalis possessio » pone « et supple, *vel aliud, quod pro ea habetur* ». — Dappoi si volle riferir la *naturalis possessio* alle terre, dicendosi potersi avere per mezzo di queste indirettamente il possesso del tesoro, anche da chi per avventura non ne avesse la *naturalis possessio* (Paolo de Castro, sul *Dig. Nov.*; poi Zasio, Cuiacio, Chesio, ed altri molti). — Altri son caduti in più grave errore, togliendo di mezzo il primo *non* (*solo animo non posse*) (N. a Salis, *Sicilim. j. civ.* Hannov. 1614, p. 354. — Noodt. *Probab.* lib. 2, c. 6, n° 4). — Gensio il primo dà una spiegazione conforme al vero, ma troppo breve (*Strictur.* p. 323, ed. 1739. — Man (*l. c.* p. 351) dà molto per minuto la giusta spiegazione di *desit*. Con pari giustezza egli spiega la *naturalis possessio*: pure egli pensa che questo termine debba essere usato impropriamente, per esser qui, secondo lui, necessaria una finzione giuridica; e questo scrupolo il travaglia di sorte, che dopo assai pruove tentate per cavarselo, alla perfine ritorna alla opinione comune e riferisce la *naturalis possessio* a' terreni (*l. c.* p. 351, 359-379). — Cupero (P. 2ª, c. 32) interpetra perfettamente, ma con tanta brevità, che non si vede quali difese avrebbe egli opposte alle obbiezioni ordinarie circa alla *naturalis possessio*. — Wenck (*De trad.* p. 12) spiega il testo, dicendo: La prima metà (da *Neratius* ad *implet*) si riferisce a un tesoro senza padrone; ivi la proprietà fa da supplemento alla mancante *possessio naturalis*, e siffatto avviso di Nerasio è approvato da Paolo. La seconda metà (da *Ceterum* a *consentio*) non di altro ragiona che di tesoro che abbia padrone. — Dove non pure il primario supposto, cioè l'acquisizion del possesso per mezzo della proprietà, è falso, ma tutta la distinzione de' due casi è arbitrariamente insinuata nel frammento.

(1) In tutto il testo intendesi per *thesaurus* qualunque ascosta ricchezza, senza distinguere s'ei l'abbia o no padrone. Le parole « *quia scit alienum esse* » non permettono, infatti, d'intender quel termine del solo tesoro senza padrone: ma neppure è da intendere, come alcuni vogliono, di quel solo tesoro che abbia tuttavia padrone. Nondimeno l'opinione che ammette il tesoro senza padrone (della quale Cupero dà una ragione falsa del tutto, *v.* appresso, §. 33), è dal più degli autori posta in dubbio per due motivi. Il primo, perchè trattasi della usucapione del tesoro, la qual secondo essi non sarebbe necessaria per acquistar la proprietà di cosa senza padrone: ma a questo si risponde, che prima di Giustiniano l'usucapione doveva aggiugnersi ad ogni sorta di occupazione per mutare la proprietà bonitaria in *justum dominium*; e che tutto il dubbio nasce dagli errori ne' quali ordinariamente si cadeva circa alle relazioni delle *res nec mancipi* con la proprietà romana, fino a che Hugo non gli ebbe affatto distrutti. Il secondo motivo è nelle parole « *quia scit alienum esse* »; contro alla forza delle quali nessuna o emendazione o interpetrazione ha potuto opporre bastante difesa (Bynkers. Obs. VII, 1. — Cupero, P. 2ª, c. 33. — Man, *l. cit.*). — La nostra opinione è questa: Il frammento suppone che il possessore del fondo non ha peranco trovato il tesoro, ma ch'egli ne conosce la esistenza. Quando questo è possibile? Allorch'egli abbia, come che sia, saputo di un tesoro sotterrato nel fondo, ma nello stesso tempo abbia saputo che il tesoro ha un padrone (L. 31, §. 1, D. *de adq. rer. dom.* « depositio, *cujus memoria non extat.* »). Qui dunque si tratta di un tesoro proprio di un altro, non perchè l'intero frammento non di altro che di questo trattasse, ma sì perchè la cognizione dell'esistenza del tesoro non si poteva per alcun altro modo supporre.

(2) Alla Glosa e quasi a tutti gli altri interpetri sembra questa decisione molto singolare, perciocchè in altri casi il *rimovimento* della cosa non è richiesto all'acquisto del possesso, e ch'anzi esso per molte cose è impossibile, verbigrazia per un fondo. Ecco perchè la maggior parte degli autori intendono questo passo del solo tesoro che abbia ancora padrone (*v.* la nota innanzi); dicendo questa esser la ragione per cui qui, come nelle L. 15, D. *ad exhib.* e 44, pr. D. *de poss.*, il rimovimento è particolarmente necessario a spodestare il possessore attuale: la quale interpetrazione è frutto anch'essa della sopraddetta falsità de' principi. Odofredo (p. 55) fa proprio la distinzione contraria, riferendo il frammento a un tesoro propriamente detto, cioè senza padrone, o richiedendo quindi il contatto per l'acquisto di tutte le cose senza padrone, « quia possunt

il qual luogo noi sponiamo così: Nerazio e Procolo dicono, non potersi acquisiare il possesso con la sola volontà, se non quando esista già per innanzi la parte fisica di ogni possesso, ch'è la detenzione. Da ciò concludono che il possessor d'un fondo può con la sola volontà acquistare il possesso del tesoro interrato nel fondo; affermando, esservi già la detenzione, nè altro mancare che l'*animus possidendi*, il quale appunto vi si viene ad aggiugnere. Quant'è alla sentenza di Bruto e Manillo, che il tesoro facesse già parte del fondo, e fosse perciò usucatto insieme con questo, eziandio quando il possessore niente sapesse del tesoro, questa senz' alcun dubbio è falsa, anche stando all'opinione in prima additata. Perciocchè, non potendosi veramente dire che il tesoro faccia parte del fondo, non è dunque possedulo da quel medesimo che sia possessore del fondo, salvochè non gli sia nota la esistenza di esso tesoro. Anche in questo caso però non potrà egli usucapire il tesoro, perchè s'egli sa del tesoro, sa parimente ch'è cosa altrui, e però trovasi in mala fede. — Alcuni si avvisano con Sabino, che il possessor d'un fondo non possa con la sola volontà acquistare il possesso del tesoro, ma che dee disotterrarlo, perchè solamente così quello passa nella sua custodia. E questo è il vero.

§. 18. *Definizione più esatta del prendimento.*

Abbiamo con la interpetrazion de'testi provato ciò che avevamo più sopra presupposto, cioè che la possibilità di esercitare immediatamente la propria azione in sulla cosa, e non già il corporale contatto, costituisce il prendimento. Quindi spariscono tutti i prendimenti fittizi, perciocchè tutti i casi ne' quali arbitrariamente si ricorreva a siffatto ripiego, sono pienamente compresi nel natural prendimento, qual esso è da noi definito.

Ma la nozion medesima del prendimento, da noi dimostrata esser vera, richiede ora alcuni schiarimenti: i quali noi daremo più facilmente, comparando taluni passi già spiegati.

Colui che ha ferito a morte una fiera o che la segue assai da presso, finchè non l'abbia effettivamente pigliata o morta, non n'è peranco possessore; perciocchè può ancora quella fiera in molti modi sfuggirgli del tutto, ed egli non ha avuto momento alcuno in cui potesse esercitar sopra lei la sua piena azione, ch'è la condizione indispensabile allo acquisto di qualunque possesso. Nello stesso modo appunto, e per le stesse ragioni, anche il proprietario di una terra non acquista il possesso di un tesoro sepoltovi, se non quando ei lo abbia effettivamente disotterrato; perciocchè ben è possibile in questo caso altresì, che il tesoro venga trovato da un altro, ed allora il proprietario del fondo non lo avrà avuto per momento alcuno di tempo in suo potere.

Ma noi possiamo, all'incontro, acquistare il possesso di una cosa sol perch'ella sia stata deposta in casa nostra, quand'anche ne stessimo fuori; sebbene non sia impossibile che altri immediatamente dopo il detto deponimento occupi la casa per forza, e che così noi ci troviamo non avere avuto un sol momento la cosa in nostro potere. Ancora è certo che si può dall'alto di una torre vicina trasmettere il possesso di un podere; contuttochè sia parimente possibile che il nuovo possessore non abbia mai potestà effettiva nella cosa, perchè nello stante medesimo ch'ei voglia entrar nel podere, sopravvenga per avventura un altro, pretendente anch'esso il possesso, e violentamente ne lo re-

« interveuire multi casus, quibus nostra non « fiunt... praeterea non est ibi aliquis, qui velit « in me transferre possessionem ». Bynkershoek (*Obs.* VI, 1) legge *loco notus*, invece di *loco motus;* e così mediante una correzione ed una interpetrazione tirata con gli argani, egli deduce un principio al tutto falso. — Ma qui, come in ogni altro caso, la *presenza immediata* della cosa costituisce il prendimento. Non essendo da pensare che uno andasse a scoprire un tesoro senza disotterrarlo all'intutto e portarlosi, poteva bene la rimozione essere indicata come prendimento; intanto più, che in questa parte del nostro testo si trattava di esprimere il contrapposto dell'avviso di Nerazio, il qual voleva si acquistasse il possesso per virtù della semplice notizia della esistenza del tesoro. Cotal retta spiegazione delle parole *nisi si loco motus sit* si trova soltanto ne'più antichi chiosatori. *Glossa interlin.* (MS. Paris. 4458 *a*): « G. (Guarnerius) vel pro moto habea« tur veluti si coram positum thesaurum oculis « et affectione videatur apprehendisse, sicut in « aliis rebus ut I. *c.* l. 1 » — *Glossa interl.* (MS. Paris. 4455) vel pro moto habeatur veluti si prae« sens thesaurus oculis et affectu apprehendatur, « quod in possessione necessarium est. M. » (Mar« tinus). — Pertanto, il resultato de'tre testi citati (L. 15, D. *ad exhib.* — L. 44, pr. D. *de poss.* — L. 3, §. 3, *eod.*) è proprio il medesimo, e nulla monta se il tesoro abbia o no padrone, nè s'egli sia o no stato finora in possesso di altrui.

spinga. Or dond'è che il possesso in questi casi s'acquisti, e in quelli no?

La ragion della differenza evidentemente si è, che la possibilità di essere al tutto privato della cosa, anche prima di averla avuta effettivamente in proprio potere, ne' primi casi è vicinissima, ma negli ultimi è tanto lontana, che nessun conto se ne tiene. Ognuno, in fatti, leggiermente si persuaderà che un animale da lui ferito gli possa scappare, ovvero che le sue ricerche per iscoprire un tesoro possano durar tanto, che pur qualche altro il prevenga: ma a nessuno parrà verisimile che altri possa sforzar la sua casa, ovvero che ne' pochi momenti che gli occorreranno a recarsi nel podere che gli è a vista, un altro, che pure ei non vede, sopraggiunga a preoccupare il possesso; e però di questa possibilità nessuno terrà conto. Questi ultimi casi adunque ammettono la *coscienza del fisico potere*, dovechè i primi la escludono; e quindi la nozion dell'atto, mediante il quale deve acquistarsi il possesso, pienamente si determina esser quella possibilità di liberamente esercitar la propria azione in sulla cosa, la qual sia *presente* ovvero *immediata* nella persona dell'acquistante.

Questo, ch'è detto, ci fornisce pure per la nozion materiale del possesso (§. 9) una nuova espressione acconcia a significarci nel più facile modo le idee annesse all'acquisto ed alla perdita del possesso. La qual è, che il possesso di qualsisia cosa è fondato nella coscienza d'un poter fisico illimitato (1). Acciocchè tale coscienza *s'ingeneri*, uopo è ch'esista l'*animus* di aver la cosa in proprio (2), e parimente le fisiche condizioni della possibilità (*corpus*), dalle quali essa coscienza dee nascere. Il possesso continua col continuar di quelle condizioni medesime (*corpore et animo*), l'adempimento delle quali ha fatto acquistarlo: ma egli è ben naturale che la continuazion del possesso non richiegga quel potere fisico ed immediato, ond'era bisogno a far nascere il possesso; essendo sufficiente la *possibilità* continua nel possessore di *riprodurre* a suo talento cotale immediato rapporto. Ecco perchè noi non perdiamo il possesso una volta acquistato, solo per questo che ci allontaniamo della cosa, contuttochè quel rapporto fisico che allora abbiamo con essa, non sarebbe sufficiente a procacciarcene il possesso (1): la qual differenza infra le condizioni fisiche dello acquisto e quelle della continuazione sarebbe inesplicabile senza il detto risguardo alla *coscienza* del possessore (2).

Queste idee possono forse giovare a conciliar le controversie sorte circa la natura del prendimento (*adprehensio*). Infatti, abbiamo già notato (§. 14) il più degli autori considerar come fittizio, come artifiziale, qualunque prendimento altro che corporale, tantochè molti d'essi lo ammettono soltanto ne' casi della tradizione o per conto della proprietà. Altri hanno, veramente, una giusta idea del prendimento in generale, ma vorrebbero poi far differenza tra 'l caso della occupazione di un possesso, e quel della tradi-

---

(1) Quando si spiega tal principio dicendo: « chi crede avere il poter fisico in su la cosa, sì ne ha il possesso »: nulla è più facile che confutarlo; e così fece Zachariae, *De poss.* p. 27. Ma noi crediamo esserci guardati per modo da siffatto sbaglio, da non aver più che aggiungere alla precisione delle nostre parole. Infatti, avendo detto chiarissimo che i fatti che posson produrre il convincimento sono di necessità, non abbiamo di tal convincimento parlato se non relativamente a quei fatti, tra per ispiegare perchè sieno tanto importanti, e per più esattamente determinarne l'idea. Quant'è alla continuazion del possesso, abbiamo con pari precisione detto ch'essa fondasi nella *possibilità* d'una *riproduzione* di ciò che procaccia il possesso; la qual possibilità non è tolta per lontananza nè per obblio, ma sì per la perdita della cosa, o per non voler possedere (*animus NON possidendi*).

(2) Non entra in questo ragionamento il *possesso derivato*, il qual non è che una modificazione dell'*originario* (§. 9).

(1) Cotal differenza tra la continuazione e l'acquisizion del possesso vedesi pure nelle espressioni. Così, in un medesimo caso, un frammento nega la *custodia* (L. 3, §. 3, D. *de poss.*), un altro la ammette (L. 44, pr. *eod.*); appunto, perchè il primo tratta dell'acquisto, e il secondo della continuazione.

(2) Zacheriae crede la sua definizion del possesso soprastar di molto ad ogni altra in ciò, ch'essa fa dipendere proprio dalle stesse condizioni l'acquisto e la continuazion del possesso (*De poss.* p. 27). Ma questa identità di condizioni non dalla definizione deriva, sibbene dal principio, che *initio possessionis probato, tamdiu ejus retentio praesumitur, donec probetur contrarium, i. e. finis* (p. 16). Alla qual regola esso autore perviene per vie poco logiche, e in conclusione se la trova contraria: perciocchè, stando alla sua definizione, i *signa* e *quibus constet alicui inesse animum etc.* appartengono alla essenza del possesso; mentre che nella detta regola stanno come semplice mezzo di pruova, al quale una presunzione ha da supplire.

zione (1): la qual distinzione si può solamente ammettere in quanto all'applicazion del principio, non punto in quanto al principio medesimo. Avvegnachè, per sapere sotto quali condizioni la presenza porti seco la coscienza del fisico potere, sono da considerare (massime per rispetto all'intervento di terze persone) infinite circostanze individuali. Ma la detta coscienza nascerà facilmente dalla tradizione, perciocchè l'abitudine del possedere avrà ingenerato nel possessore anteriore un sentimento di ognor crescente sicurezza circa al suo potere in sulla cosa, e che il nuovo possessore succede d'un sol tratto in cotale sicurezza a mano a mano acquistata. Di tal guisa, uno stesso atto esterno farà spesso acquistare il possesso nella tradizione, e nella occupazione no. Avendo rispetto a queste avvertenze, la disputa direttamente pratica in gran parte mancherà, poichè nel più de' casi la questione se il possesso sia o pur no acquistato sarà risoluta ad un modo medesimo da tutt'e due le dette opinioni. Non altro dunque resterà che la contesa circa le idee teoriche, circa la base del sistema positivo del possesso, e nello stesso tempo circa alcune pratiche conseguenze che ne discendono; essendo parecchie acquisizioni per via di tradizione, le quali noi crediamo naturalissime, da' nostri avversari considerate come fittizie, tantoch'essi, contro alla natura del possesso, richieggono il compimento di condizioni puramente giuridiche affinchè le dette acquisizioni si possano effettuare. Quelli che più si dilungano dal vero, son coloro i quali sogliono nel possesso non vedere altro che una conseguenza della proprietà. Non solamente essi storcono l'ordine ed il proprio valore delle idee, ma non posson tampoco invocare in lor favore la lettera della legge: perciocchè molti di quei testi, su' quali noi abbiamo più sopra stabilita la generale idea del prendimento (§. 15, 16 e 17), parlano veramente della sola tradizione, ma punto non richeggono che l'autor di questa sia stato proprietario o anche soltanto possessor di buona fede; ondechè tanto appunto si adattano a' casi di trasferimento di proprietà, quanto a quelli nei quali per mezzo della tradizione nessun dritto si acquista alla cosa.

Secondo il general principio del prendimento, che noi per via di astrazione abbiam desunto dalle varie decisioni de' romani giureconsulti, devesi ora far giudizio di tutti que' casi particolari, de' quali il roman dritto non contiene la espressa risoluzione.

Supponiamo che si tratti del possesso di una tenuta estesissima, la quale contenga più poderi: sarebb'egli sufficiente, in tal caso, l'entrar solamente in una delle estremità, per divenir possessore del tutto? Il dritto romano non tocca di questo caso, perocchè i *fundi*, de' quali quei giureconsulti ragionano, sono evidentemente brevissimi tratti di terreno, i quali un solo sguardo può comprendere. Giusta il principio nostro, il detto atto non ha fatto acquistare il possesso, per non esser tale acquisto possibile altramente che mediante quegli atti che possono sensibilmente attestare il convincimento del fisico potere in *su ciascuna parte* del fondo: onde quella tenuta, che il dritto considera come un tutto (*universitas*), rispetto a quest'atto mancante di ogni forma giuridica, è considerata come un aggregato. Affatto altrimenti è quando, dietro la opinione comunemente ammessa, si fa acquistare il possesso di un fondo col mezzo di atti simbolici; perciocchè dovendo cotali atti operare in su tutta la cosa considerata come una giuridica universalità, la estensione e la disposizion della cosa non possono esser motivi di alcuna differenza.

§. 19. *Dell'acquisizione successiva al prendimento.*

La nozione dell'atto esterno, che congiunto all'*animus* dà il possesso, è ormai del tutto determinata. Non ci resta altro, ch'esaminare il caso in cui il poter fisico in sulla cosa esisteva già prima che fosse il caso di acquistarne il possesso.

Chiaro è, che anche qui la seconda condizione di ogni acquisto, cioè l'*animus*, è necessaria: ma quant'è alla prima, della quale ora trattiamo, cioè quanto al prendimento, non occorre altro. E così s'intende come si possa acquistare il possesso con la sola intenzione (*solo animo*) (1); perchè veramente in questo caso non bisogna nel momento dell'acquisizione fare altro, che volere.

---

(1) Per esempio, Hufeland, *Neue Darstellung*, p. 88 e seg.

(1) L. 3, §. 3, *de poss.* « Neratius et Proculus, (et) solo animo *non* posse nos adquirere possessionem, *si non* antecedat naturalis possessio ».

È pure fuor di dubbio che nel detto caso un rapporto fisico di quelli che valgono a farci conservare il possesso già acquistato(1), è sufficiente a farci acquistare il possesso, essendo già stato preceduto da un altro prendimento.

Il caso più importante, che occorra nel presente proposito, è la tradizione detta *traditio brevi manu:* sotto il qual termine si comprendono due cose molto distinte, designandosi con esso talvolta il trasferimento della proprietà, per essere il possesso già stato trasmesso (2); tal altra, il trasferimento del possesso in colui, che fino allora non avesse avuto altro che la detenzione. Del primo caso qui non c'interessa, stantechè nessun cangiamento ne riceve il possesso; ma nel secondo caso il possesso si acquista appunto nel modo per noi discorso, e però si voglion notare i seguenti testi ad esso relativi:

1. L. 9, §. 5, D. *de adq. rer. dom.* (§. 44, J. *de rer. div.*) « Interdum etiam sine tra- « ditione nuda voluntas domini sufficit ad « rem transferendam: veluti si rem, quam « *commodavi*, aut *locavi*, tibi, aut apud te « *deposui* (1), vendidero tibi: licet enim ex « ea causa tibi non tradiderim, eo tamen, « quod patior eam ex causa emtionis apud « te esse, *tuam efficio* ».

2. L. 62, pr. D. *de evict.* « Si rem, quae « *apud* te esset (2), vendidissem tibi, quia « *pro tradita habetur*, evictionis nomine me « obligari placet ».

3. L. 9, §. 9, D. *de reb. cred.* « Deposui « apud te decem, postea permisi tibi uti: « Nerva, Proculus, *etiam antequam moveantur* (3), condicere quasi mutua tibi haec « posse ajunt: et est verum, ut et Marcello « videtur; *animo enim coepit possidere...* »

In questi frammenti si tratta primieramente della trasmessione della proprietà, ma ciò mediante un atto, del qual si dice « *per possessionem dominium quaeritur* », di modo ch'essi includono eziandio una pruova pel possesso; val quanto dire che, ne' detti casi, non pure il possesso è trasmesso congiuntamente alla proprietà, ma può altresì per tal modo esser trasmesso senza la proprietà: per esempio, quando il venditor medesimo non è proprietario, ovvero quando colui, al qual è trasmessa la cosa, dee riceverne una verace *possessio*, per conto di pegno, precario, o enfiteusi.

La *tradizione fatta sotto condizione* appartiene anch'ella a questo modo di acquistare il possesso. Essa non trasmette possesso alcuno di presente, ma sittosto che la condizione si adempie, il possesso diventa proprio di colui che lo esercitava a nome di un altro:

L. 38, §. 1, D. *de poss.* « .... existimandum est, *possessiones sub conditione tradi* « *posse*, sicut res sub conditione traduntur(4),

---

(1) Cioè, non l'attuale potere in sulla cosa, qual si richiede all'acquisto del possesso, ma la possibilità, che poco innanzi s'è veduta esser sufficiente a conservar l'acquistato. (*Trad.*)

(2) L. 21, §. 1, D. *de adq. rer. dom.* « Si rem « meam *possideas*, et eam velim *tuam esse:* fiet « tua, quamvis possessio apud me non fuerit ». — Cf. L. 46, D. *de rei vind.* — Non è punto necessario in simigliante contratto, che la cosa sia presente; perocchè la L. 47 *eod.* è manifestamente relativa al *fictus possessor*, cioè a dire al convenuto il quale non è vero possessore (*cum possessionem ejus possessor nactus sit*), e però *res absens* vi s'intende quella che non è nella costui *possessio*. — Infine, i casi delle seguenti leggi sono affatto estranei a tal modo di acquistare: L. 11, pr.: L. 15, D. *de reb. cred.*; L. 31, pr. D. *mandati*. In effetto, colui che dee dar danari ad un altro *ex mandato*, ha attualmente la *proprietà* ed il *possesso* delle monete: se dunque si muta l'*obbligazione* in *mutuum*, nulla è cangiato nella proprietà, nè nel possesso, e quindi la quistione se tal cangiamento sia possibile, non appartiene alla teorica della proprietà. — Nell'analisi della nostra Opera, fatta negli *Archivi giuridici*, t. IV, si allega contro il nostro avviso, che il mandatario, il qual riceva danari, non è punto proprietario nè possessore di quelli, fintanto ch'egli presso di sè li tenga *in speciebus*. Ma nel caso qui allegato noi abbiam ragione di ammettere proprio il contrario, 1° perchè qui si tratta soltanto di rapporti appartenenti al dritto delle obbligazioni, ne'quali è ragionevole ed usato il non badar punto se il mandatario abbia conservato le stesse specie di danari; 2° perchè la L. 31, pr. citata, oppone appunto per questo rispetto il deposito al mandato: « Nec « huic simile esse, quod si pecuniam apud te de- « positam convenerit, ut creditam habens, cre- « dita fiat: *quia tunc nummi, qui mei erant, tui* « *fiunt* ». Ed è ragione; perchè la conservazion della *species*, la quale nel mandatario è accidentale, costituisce appunto il dovere del depositario.

(1) Nessun di questi atti trasmette il possesso giuridico. *V.* appresso, §. 23.

(2) L. 63, D. *de verb. sign.* « *Penes te* amplius « est, quam *apud te*: nam apud te est quod qua- « liter qualiter a te teneatur; penes te est, quod « quodam modo possidetur ».

(3) Quindi, senza nuovo prendimento. — Nel seguente frammento (L. 10, D. *de reb. cred.*) il giureconsulto decide per un altro caso tutto il contrario; ma per questo solamente, che l'uso de'danari formava la condizione, senza della quale, per volontà medesima delle parti, non si dovessero intender mutuati.

(4) Cioè, che al modo medesimo che havvi una tradizion condizionale della proprietà (e quindi

« neque aliter accipientis fiunt, quam con-
« ditio exstiterit ».

Bisogna non pertanto osservare che in tutti i casi, ne' quali il possesso per detto modo si acquista, è da fare una restrizione, la quale non potremo spiegar chiaramente se non alquanto più innanzi. In fatti, chi lascia esercitare il possesso delle sue cose mobili ad altre persone, non potendo per sola volontà di costoro perderlo, ma bisognandovi il concorso di un vero *furtum*, di una *contrectatio* (Sez. III); seguita, che nè pure il rappresentante possa tal possesso acquistare altrimenti che per *contrectatio*: se no, vi sarebbero due possessori della cosa medesima. Il che costituisce una vera eccezione alla regola (1).

§. 20. *Dell'* animus possidendi.

Abbiamo ormai pienamente determinato la qualità dell'atto corporale richiesto all'acquisto del possesso: ma dovendo a cotale atto aggiungersi una deliberata intenzione (*animus*) acciocchè il possesso possa realmente ingenerarsi, di essa faremo ora particolare discorso.

Questa intenzione consiste originalmente in ciò, che il detentore intenda *trattar* la cosa come sua propria (*animus domini*): la quale idea è già per se stessa chiara abbastanza, nè accade avvertire che non si confonda siffatto *animus domini* col convincimento di *esser* proprietario (*opinio domini*). Ma il dritto di possesso può, in taluni casi, essere *alienato* separatamente dalla proprietà; ed il possesso *derivato*, che per tal modo s'ingenera, non più richiede che l'*animus* si aggiunga all'*apprehensio*, ma è sufficiente che l'uomo abbia il solo *animus possidendi*, cioè l'intenzione di così acquistare. Questa idea anch'essa è tanto semplice, che non vi abbisognano altre spiegazioni: importa però moltissimo di conoscere i casi ne' quali il dritto romano riconosce un possesso derivato, e quindi fa una eccezione alla regola dell'*animus domini*; del quale esame è questo il proprio luogo.

Ma vi sono altri casi, ne' quali di detta distinzione non si tiene il menomo conto, e

meditatamente altresì del possesso), così pure havvene una pel solo possesso, indipendentemente da ogni rapporto di proprietà. Conf. L. 2. §. 5, D. *de don.* — L. 38, pr. D. *de damn. inf.*

(1) Alla regola sposta in questo §, che ad acquistare il possesso di cosa già presa non resti che volerlo (*animus*) (*Trad.*)

i quali non pertanto non ammettono possesso, per difetto di *animus*. In fatti, chi non ha generalmente volontà, nè pur è capace di acquistare il possesso: e similmente le cose di cui non si può concepire una propria esistenza, non sono idonee ad esser possedute.

Noi dunque dobbiamo qui rispondere, in quanto all'*animus possidendi*, a tre quesiti:

1. Quali sono le persone incapaci di acquistar qualunque possesso, perchè generalmente prive di ogni volontà (§. 21)?

2. Quali son le cose, delle quali non si può acquistare il possesso, per essere impossibile d'indirizzare ad esse l'*animus possidendi* (§. 22)?

3. In quali casi il possesso derivato è egli possibile, cioè può l'uomo acquistare il possesso senza *animus domini* (§. 23-25)?

§. 21.

Dell' animus possidendi *delle persone incapaci.*

Il primo dunque de' proposti quesiti è, quali persone non possano alcun possesso acquistare, perchè incapaci generalmente di volontà (1).

Nomineremo in primo luogo le *persone giuridiche*, cioè quelle considerate come aventi de' dritti soltanto per una giuridica finzione. — Pertanto, una successione (*hereditas jacens*) può avere ed eziandio acquistare ogni altro dritto, verbigrazia la proprietà, ma non mica il possesso. Qui il prendimento sarebbe pure in qualche modo immaginabile, perchè potrebbe per avventura la cosa star rinchiusa in una casa appartenente alla successione; ma l'*animus possidendi* è del tutto impossibile: e questa è la ragione per che una successione non può in conto alcuno acquistare il dritto di possesso.

L. 1, §. 15, D. *si is qui test. lib.* « .... possessionem hereditas non habet, quae (l. c.
« quippe quae) est facti et animi ... »

Il medesimo si dica delle corporazioni.

Ma questa incapacità propria di tutte quante le persone giuridiche, può eziandio nelle persone fisiche esser prodotta dalla qualità particolare di taluni individui. Così i matti non possono acquistar possesso, perchè l'*animus possidendi* in essi è impossibile; nè può anco valere in questo caso l'autorizzazion del curatore:

(1) Tutte queste persone (le corporazioni, i pazzi, e' fanciulli) non possono acquistar possesso alcuno di per se stesso: nel §. 26 vedremo fino a qual punto il possono per mezzo di altri.

L. 1, §. 3, D. *de poss.* « *Furiosus*, et pu-
« pillus sine tutoris auctoritate, *non potest*
« *incipere possidere; quia affectionem tenendi*
« *non habent*, licet maxime corpore suo rem
« contingant, sicuti si quis dormienti ali-
« quid in manu ponat. *Sed pupillus* tutore
« auctore incipiet possidere ».

L. 18, §. 1, D. *de poss.*

Come la demenza, così pure la poca età esclude l'acquisto del possesso: ma bisogna determinare il momento, in cui tale incapacità finisce. — Egli è fuor di dubbio che qui, come in tutti i casi somigliauti, la pubertà toglie ogni incapacità: e però soli due casi restano da considerare, la impubertà nello stretto senso, e la infanzia.

Quant'è alla capacità de' *pupilli* usciti di bambino, è regola ch'essi godano sempre della facoltà di acquistare il possesso quando il tutore interpone la sua autorità, e che senza questa interposizione essi acquistino sol quando sieno in età capace d'intendere o di volere.

L. 1, §. 3, D. *de poss.* « .... *pupillus tu-*
« *tore auctore incipit possidere.* Ofilius qui-
« dem et Nerva filius, etiam sine tutoris au-
« ctoritate possidere incipere posse pupillum
« ajunt; eam enim rem facti non juris es-
« se; *quae sententia recipi potest, si ejus aeta-*
« *tis sint, ut intellectum capiant* ».

L. 16, C. *de donat.* « Si quis in emanci-
« patum minorem, prius quam fari possit,
« *aut habere rei quae sibi donatur adfectum*,
« fundum crediderit conferendum.... per...
« servum transigi placuit... (1) ».

La questione è molto più difficoltosa quando si tratti di *bambini*. E come la capacità del pupillo medesimo è già ristretta, a maggior ragione il bambino non può avere il diritto di acquistare il possesso da se solo: d'altro canto, è parimente certo che il tutore ha facoltà di far l'acquisto a nome del pupillo; ma ciò non peranche appartiene al nostro proposito. È egli possibile, dimandiamo noi, che l'azion del bambino medesimo faccia acquistare il possesso, quando il tutore vi aggiunge la sua autorità? Due ragioni par che militino pel no: la prima, perchè in tutti gli altri casi le leggi non riconoscono l'autorità del tutore se non rispetto a' pupilli propriamente detti (1); la seconda è perchè l'acquisizion del possesso non costituendo un atto giuridico, essa dipende dalla propria volontà del possessore, la quale non può esser supplita da finzione alcuna giuridica. Ma poichè il tutore può acquistare egli stesso il possesso a nome del piccol fanciullo, sebbene in questo fatto anche meno abbia luogo la volontà propria del fanciullo, non si può logicamente allegar la seconda ragione contro all'*auctoritas*: e poichè, giusta l'analogia di un altro caso relativo al prendimento (2), tutta l'azione può esser considerata come se il tutor medesimo pigliasse possesso in nome del fanciullo, la prima delle anzidette ragioni, ch'è unicamente dedotta dalla natura giuridica dell'*auctoritas*, si deve egualmente scartare. — I giureconsulti romani furono essi i primi a mettere in disputa questo punto: ma in processo di tempo restò definito che l'*auctoritas* può esser validamente data, e di tale validità si adduce espressamente per motivo l'analogia di quello acquisto che lo stesso tutore fa nel senso da noi testè sviluppato.

L. 32, §. 2, D. *de poss.* « Infans possid-
« re recte potest, si tutore auctore coepit,
« nam judicium infantis suppletur auctori-
« tate tutoris: *utilitatis enim causa hoc re-*
« *ceptum est; nam alioquin nullus consensus*
« *infantis est* (3) *accipienti* (4) *possessionem* ».

---

(1) Questi testi molto precisi debbono servire a spiegarne alcuni altri, i quali fanno sì menzione della possibilità di tale acquisizione, ma vagamente e senza divisarne le condizioni. L. 1, §. 11, D. *de poss.* — L. 32, §. 2, *cod.* — L. 9, pr. D. *de auct. et const. tutor.* — Crediamo segnatamente, per virtù della L. 26, C. *de don.*, che la capacità del pupillo debba esser determinata per ciascuno individuo; sicchè il §. 10, J. *de inut. stip.*, che dichiara ogni *infantia majorem* esser capace, si ha da intendere della sola stipulazione.

---

(1) §. 10, J. *de inut. stip.* — L. 1, §. 2, D. *de admin. tut.* — L. 5, D. *de re jud.*

(2) L. 1, §. 21, D. *de poss.* « Si jusserim ven-
« ditorem procuratori rem tradere, cum ea in
« praesentia sit: videri mihi traditam, Priscus ait ».

(3) Così leggono il Cod. Rehd., due MSS. parigini, uno di Monaco, quello di Lovanio, e la ediz. di Venezia 1494, oltre due più moderne dei Tortis (1499 e 1502). Cinque MSS. parigini, il mio proprio, e le ediz. Ven. 1485, 1491, Lugd. 1508, 1509, leggono: *consensus infanti est* (o *est infanti*, ciò che non fa differenza alcuna). — Flor. « . . . *sensus sit infantis* ». L'errore era già corretto nel MS. e posto « *sensus est* »; nondimeno Gebauer ha fatto imprimere « *sensus sit* », il che nè si trova nel MS. nè dà senso veruno. — Edd. Rom. 1476, Nor. 1483, Lugdun. 1513, Lugd. 1519, Haloandr. Paris. 1514, 1536: « *sensus infantis est* ». A questo proposito nota Gebauer: « Hal.
« trajicit voces: *sensus infantis est*, ut nunc exi-
« stimo, auctoritate alicujus codicis suffultus ». Il

È chiaro che il tutore *auctoritatem ponens* vien contrapposto al tutore *accipiens possessionem*, e che vuol provarsi la validità dell'azione del primo per la validità incontrastata dell'azion del secondo. Laonde il senso del testo è il seguente: « Si è ammessa la validità dell'*auctoritas*, per eccezione alla regola generale (*utilitatis causa*); perciocchè chi volesse rigettarla, dovrebbe farlo per questa ragione, che non è il possessor medesimo quello che ha l'*animus possidendi:* ma tal era pure il caso in cui non il fanciullo con l'autorizzazion del tutore, si bene il tutor medesimo acquistasse il possesso a nome del fanciullo, essendochè il fanciullo neppur qui ha l'*animus possidendi* (1); e poichè in questo caso la decisione è nondimeno favorevole all'acquisto del possesso, ragion voleva che del primo caso si decidesse il medesimo. » — Cotesta interpretazione posa in sulla lezion del testo ammessa da noi. Secondo la lezione ordinaria (« *nam alioquin nullus* sensus *infantis est* accipiendi *possessionem* »), diversi interpetrano così: « Perciocchè, *se altrimenti fosse*, cioè non intervenisse l'autorità del tutore, il fanciulletto non potrebbe avere alcuno *animus possidendi* (sensus s. intellectus accipiendi possessionem) (2) ». Tale spiegazione è impossibile, prima perchè il bambino nè pure ha *sensus* quando il tutore interponga la sua autorità, e però la parola *alioquin* non avrebbe significato alcuno; poi perchè tutta quella frase non si propone di provar la necessità dell'*auctoritas*, ma sì di spiegare perchè si potesse acquistare il possesso, secondo l'opinione allora prevalente. — Il nostro avviso non è, peraltro, inconciliabile con la lezione ordinaria: solamente questa ne renderebbe il senso troppo più vago ed indeterminato. — Facil cosa è mostrare come le altre lezioni si sieno formate in su quella da noi tenuta per vera. Non essendo chiaro a prima vista che il participio *accipiendi* si riferisce al sostantivo *tutor*, i copisti han cercato riferirlo alla parola *infans*, taluni scrivendo *infanti* in vece d'*infantis* (1), tali altri mutando *accipienti* in *accipientis* (2) ovvero in *accipiendi* (3); il quale ultimo cangiamento si tirò dietro anche quello di *consensus* in *sensus*.

Finalmente, dobbiamo noi qui occuparci altresì di un testo, reso particolarmente celebre dalle molte interpetrazioni ricevute, e dall'uso che nella pratica se n'è fatto (4). Nello spiegarlo si dee principalmente avvertire che l'Imperatore lo termina adducendo una ragione della sua decisione, la qual ragione egli aggiunge trovarsi già data in un *responsum* di Papiniano. Dove trovasi la ragione di detta decisione, ivi dovendosi eziandio cercare la regola in essa applicata, è molto naturale il ripescar prima di tutto il passo de' *responsa* di Papiniano ivi citato. Or questo non è altro, che la L. 32, D. *de poss.* da noi testè spiegata. Vero è che nel MS. fiorentino essa ha per iscrizione: *Paulus, lib. 15, ad Sabinum* (5); ma Alciato ne riferisce quest'altra da altri manoscritti: *Papinianus, lib. 11 Responsorum* (6): e supponendo la verità di tal testimonianza (7), la seconda le-

che vuol dire, che Gotofredo non aveva forse qui notato alcuna variante di edizioni più antiche. Gli altri MSS. leggono parte « *sensus infantis est* », « parte *sensus infanti est* » e parte « sensus est in- « fanti ».

(4) *Accipienti*, leggono il Cod. Rhed. tre MSS. parigini, quello di Monaco, e la ediz. Venez. 1485. Pure nel MS. Rhedig. si trova di mano più recente *accipientis* sorrogato ad *accipienti*. — Le altre Edd. e MSS. leggono col MS. fiorentino, *accipiendi:* quello di Lovanio, *acquirendi*. — Dal qual prospetto risulta che la intera lezione da me approvata trovasi solamente nel MS. di Monaco n.° 21; ma che ciascuna delle sue parti posa su parecchi MSS. ed antiche edizioni.

(1) « *Nam alioquin* (cioè *nam et alioquin*, anche in un altro caso: il qual caso subito dopo è determinato dalla parola *accipienti*) *nullus consensus infantis est accipienti* (sc. tutori) *possessionem* ».

(2) La Glossa, in questo luogo. — Cuiacio. *ibid.* (*Op.* t. VIII. p. 297), — Giphanius, *ibid.* (*Lect. Altorph.* p. 391).

(1) Ed. di Venezia, 1485, 1491; Lugd. 1508, 1509.

(2) Cod. Rhed.

(3) Cod. Flor. rel.

(4) L. 3. C. *de poss.*

(5) L'ediz. di Senneton (Lugd. 1550) porta: *Pauli lib. 12.* L'Ed. *Juntina* del 1594 pone parimente nel testo: Paulus lib. 12. e solo indica in margine la lezion fiorentina. Un MS. parig. (n.° 4187) ha per inscrizione: *Pomp.*; gli altri mss. e ediz. a noi note concordano col ms. fiorentino.

(6) Alciato, sulla L. 1, §. 3. D. *de poss.* « Suadetur et auctoritate Papiniani, quem adducit, « qui infra expresse loquitur, cum tutor intervenit: « dict. L. *quamvis* (32) *in fin.* adscribitur enim « aliquibus in codicibus ea lex *Papiniano lib. Respons.* 11 ». — In un altro luogo Alciato descrive il suo antico manoscritto senza chiose e con rubriche (*Dispunct.* lib. 1).

(7) Cuiacio dichiara che tutte siffatte indicazioni di Alciato sono bugiarde. Lasciando stare l'esagerazione di tale accusa, il fatto è che Alciato

zione ha più verosimiglianza della prima. Perciocchè la L. 30, D. *de poss.* è parimente iscritta: *Paulus*, *lib. 15*, *ad Sabinum*, mentrecchè nel libro 41 non troviamo un sol frammento tratto da' responsi di Papiniano. Non si può dunque spiegare come un copista avesse potuto sostituir la inscrizione di Alciato a quella di Firenze: dovechè il contrario facilmente s'immagina, considerando i molti esempi che nelle Pandette occorrono di passi tramezzati con altri, e come il copista poteva bene persuadersi che le leggi 30 e 32 fossero un solo testo interrotto con la legge 31 (1).

Dalla combinazione del nostro testo (L. 3, C. *de poss.*) con la L. 32, D. *de poss.*, risulta non poter esso avere altro senso che questo: Un bambino acquista il possesso d'una cosa, quando il tutore supplisce con la sua *auctoritas* all'*animus* che quegli non ha. Questa regola è nel testo applicata ad un caso deciso con un rescritto, e che pare sia stato il seguente: era stata fatta una donazione ad un piccol fanciullo, ed il donatore medesimo avevagli trasmesso il possesso, interponendo il tutore la sua *auctoritas*. Sopra ciò nacque dubbio se il possesso fosse stato realmente acquistato a tal modo, quandochè l'*apprehensio* e l'*animus* non s'erano riuniti nella stessa persona. Il bambino, infatti, aveva egli medesimo operato ciò che costituisce il prendimento; mentre che l'*animus possidendi* era intervenuto da parte del tutore, per conio del bambino. Dubitandosi adunque non questa ultima circostanza avesse impedito l'acquisto del possesso, fu il dubbio proposto all'Imperatore, il qual rispose col rescritto contenuto in detto nostro testo:

« Donatarum rerum a quacumque perso-
« na infanti vacua possessio tradita *corpo-*
« *re* (2) quaeritur. Quamvis enim sint au-
« ctorum sententiae dissentientes (1), tamen
« consultius videtur *interim* (2), licet animi
« plenus non fuisset affectus (3), possessio-
« nem per traditionem esse quaesitam: alio-
« quin, sicuti consultissimi viri Papiniani
« responso continetur (4), nec quidem *per*
« *tutorem* (5) possessio infanti poterit acqui-
« ri (6) ».

Cioè, secondo noi: il possesso delle cose donate può essere acquistato mediante l'atto corporale del piccol fanciullo. Parecchi autori, veramente, tengono il contrario: ma sembra più ragionevole di considerare in questo mezzo il possesso come acquistato mediante la detta tradizione; contuttochè il fanciulletto, che prendeva, non poteva nello stesso tempo avere la intenzione. La ragione, che ci muove, è quella addotta già da Papiniano in uno de' suoi responsi; cioè che altrimenti non si dovrebbe ammettere nè pure l'acquisto del possesso mediante l'atto corporale dello stesso tutore.

Ma tutte le interpetrazioni di questo passo, le quali meritino considerazione, possono ridursi a tre.

Sembra, primieramente, che già i più antichi Chiosatori sentissero il bisogno di supporre l'*auctoritas* del tutore congiunta al fatto del fanciulletto (7). Alciato dette novello peso

sbaglia citando alcune lezioni fiorentine: ma l'Agostino spiega tali sbagli per modo sì soddisfacente, che niuna ragione si ha di credere che quel giureconsulto in caso alcuno, per esempio in questo nostro, facesse a sciente.

(1) (Agg. alla 1ª ed.) Non possiamo però dissimulare che il nuovo ordine de' frammenti delle Pandette scoperto da Bluhme, non è favorevole alla lezione da noi sostenuta.

(2) Questa parola dimostra ad evidenza che non si è in onta alla regola supposto l'*animus* nel bambino, ma soltanto la validità del fatto materiale della sua *apprehensio*. Ora essendo l'*animus* richiesto in ogni possesso, è necessario che se non è nel bambino, sia compreso nell'*auctoritas* del tutore.

(1) L. 32, §. 2, D. *de poss.* « Utilitatis enim causa hoc *receptum est* ». — Sembra dunque che prima del *ricevimento* di questa massima, gli autori professassero il contrario.

(2) Cioè, fino a che il piccol fanciullo sia giunto alla pubertà; perciocchè quindi innanzi il possesso poteva cominciare al modo ordinario.

(3) La legge non ordina che questo *affectus minus plenus* tenga vece dell'*affectus plenus*, ma giuridicamente viene a dire soltanto che l'assenza dell'*animus*; non deve impedire l'acquisto.

(4) L. 32, §. 2, D. *de poss.*

(5) Le parole *per tutorem*, contrapposte ad *auctore tutore*, si riferiscono all'acquisizion del possesso per via dell'atto corporale del tutore a nome del bambino (L. 1, §. 20, D. *de poss.*).

(6) Papiniano esprime l'argomento ch'egli fa dall'acquisto *per tutorem* alla validità dell'*auctoritas*, in questo modo: « nam alioquin nullus consensus infantis est *accipiendi possessionem* ».

(7) Usiamo a posta *fanciulletto*, *piccol fanciullo*, o *bambino*, per distinguerlo dal *fanciullo*: perciocchè i romani, nella materia delle tutele, dividevano la età pupillare, ch'era fino a' 14 anni, in due parti eguali: ed il minor de' sette anni compiuti chiamavano *infans* (*quia fari non potest*), il maggior de' sette anni infino a' quattordici compiuti chiamavano *major infantia*. Il piccol fanciullo era rappresentato dal tutore (*pro infante*

a tal sentenza con la sua lezion variante, dalla quale però non seppe egli cavare alcun pro: il che forse fu cagione che nè pure altri se ne giovasse. Ma Donello, senza ricorrere a siffatto combinamento de' testi, ha con la sola analisi intrinseca del nostro passo sviluppata cotesta spiegazione per modo sì chiaro e convincente, che la contesa avrebbe dovuto aver fine (1).

Una seconda opinione trova nel nostro testo una disposizione al tutto nuova, cioè che il fanciulletto potesse acquistare il possesso da se solo, senza il concorso del tutore (2). — Alcuni poi danno a questa proposizione un valor generale, applicandola a tutti i casi della tradizione (3); altri la restringono alle donazioni, perciocchè solo di queste il testo ragiona (4); altri ancora l'adattano a quelle sole cose, il cui possesso particolarmente interessa i bambini, come per esempio i baiocchi (5). — Non si può certamente dire che per siffatta interpetrazione ogni connessione sia tolta tra le ultime parole del testo e la decisione imperiale (1); ma la conclusione che Papiniano e, dietro lui, l'imperatore ne caverebbero, sarebbe sì poco logica, che già questo solamente fa preponderare la prima opinione (2).

Finalmente, un terzo avviso tiene il mezzo tra' due predetti (3). Esso concede al fanciulletto la facoltà di acquistare il possesso, ma sol per modo di provvisione (*interim*), cioè fino a che poi *l'auctoritas* del tutore vi si aggiunga per supplire al mancamento di *animus*. Così interpetrato, il nostro testo contiene una disposizione al tutto nuova, sì perchè con eccezione manifesta alla regola il possesso può essere acquistato per al presente (4), sì perchè non è il solito che l'*auctoritas* sia efficacemente interposta dappoi. — Del resto, la connessione che siffatto avviso porrebbe tra la fine del testo e tutto il rimanente, è così poco soddisfacente, come nella seconda opinione.

tutor agit), ma il fanciullo era soltanto autorizzato (*major infantia ipse, auctore tutore, agit*). (*Trad.*)

(1) La Glosa interl. L. 3, C. *de poss.* (MS. parig. n.° 4517), probabilmente d'Irnerio, alla parola *corpore*: « Sed auctoritate tutoris » — sopra *alioquin*: J. « (Irnerius) utrumque enim fit « magis favore benignitatis, quam stricta ratione « juris, remoto itaque altero, consequenter et alterum removetur ». — La Glosa, sulla L. 3, C. *de poss.*: « Vel dic secundum Joannem quod hic fuit tradita cum auctoritate tutoris. Et quod dicit: *alioquin*, id est: *si diceres non acquiri cum auctoritate tutoris per infantem eadem ratione nec per ipsum tutorem* ». (Conf. Azzo, su questa L. Odofredo, *ibid.* — Alciato, sulla L. 1, §. 3, D. *de poss.* — Cujacio, *ibid.* e sulla L. 3, C. *de poss.* — Obrecht, *De poss.* c. 10. — Donello, *Comm.* V, 11. — Gifanio, sulla L. 26, C. *de donat.*

(2) La Glosa, sulla L. 3, C. *de poss.* — Azzo, su questa L. — Duareno, sulla L. 1, §. 3, D. *de poss.* — Gifanio, sulla L. 3, C. *de poss.* — Conf. la nota precedente. — Cupero, *De poss.* P. 2, c. 24.

(3) Azzo, *l. c.* — Cupero, *l. c.*

(4) Duareno, *l. c.* — Gifanio, *l. c.* — Duareno richiede inoltre, che l'oggetto della donazione sia cosa mobile.

(5) Azzo, *l. c.* « Alii distinguunt, aut dedit « eis res, quarum voluit infans retinere posses- « sionem, ut denarios, castaneas, et similia ludi- « cra; aut quarum noluit retinere possessionem, « ut castrum, vel talia. In primis bene habet af- « fectum, et acquirit possessionem; in aliis non. *Et in eis intellexerunt veteres* »: cioè, i chiosatori antecedenti. Male adunque si nomina Dino (morto verso il 1298) per autore di tale opinione.

(1) La Glosa, sulla L. 3, C. *de poss.* « Id est « si non quaeritur infanti, quia non habet affe- « ctum: nec tutor ei quaeret eadem ratione. Utro- « que ergo modo ei quaeritur favore benignitatis « magis, quam stricti juris ratione. Irnerius. — « Sunt ergo hic duo, quorum altero remoto, et al- « terum removetur ». Duareno e Cujacio parlano nella stessa sentenza.

(2) Donello, *loc. cit.*

(3) Beyma, *Var. tit. jur.* p. 325. — Retes, *De poss.* I, 4 (Meerm. VII, 469).

(4) Retes però è di avviso che tal possesso in questo mezzo sia *semplice detenzione*. Ma allora il quesito è sì piano, che non si capisce la necessità di un rescritto imperiale rinfrancato da ragioni giuridiche.

AGGIUNTA ALLA 6.ª EDIZIONE.

I due luoghi da noi interpetrati in questo paragrafo, sono stati non ha guari spiegati in una lunghissima dissertazione, inserita da Puchta nel Museo Renano, t. V. L'autore vi assume da capo la difesa di antiche opinioni, ma con troppo maggior metodo ed acume di quanto si fosse fatto per innanzi. Egli nella L. 32 spiega la lezione *sensus est accipiendi*, da lui ricevuta per vera, nel seguente modo: « Perchè inoltre (astraendo l'*utilitas*) il bambino è sfornito della intenzione indirizzata all'acquisto del possesso ». Quant'è al luogo del Codice, egli lo intende del bambino agente senza del tutore; in cui l'*animus*, ch'è insufficiente, sia suscitato e

compiuto dalla determinata volontà del *tradens*, appunto come negli altri casi dall'*auctoritas* del tutore. — Il modo egregio, in cui l'autore ha trattato il suo subbietto, ha rischiarato molto la quistione, mostrando al lettore ciascuna spiegazione nella più perspicua sua forma, ed abilitandolo ad eleggere con più sicuro convincimento.

§. 22. *Del possesso delle parti di una cosa.*

Per avere l'*animus possidendi* è mestieri che l'uomo possa idearsene l'obbietto come una cosa per se stessa sussistente. Sotto quali condizioni adunque si potrà acquistare il possesso di *parte d'un tutto?*

Due casi di siffatto acquisto si posson distinguere: o che uno voglia avere il possesso della sola parte, o ch'ei voglia possedere la parte nel tutto e per il tutto. Le tre prime regole seguenti risguardano al primo caso, la quarta al secondo.

Regola prima. Quando la parte è tale, che ella possa da se sola formare altresì un tutto, cioè a dire quando la idea di quel tutto a cui questa parte appartiene, è arbitraria; allora nessun dubbio è che non si possa benissimo acquistare il possesso di sola tal parte. In tal caso adunque si suppone che un tutto potrà esser diviso in parti *reali:* il che, rispetto all'acquisto del separato possesso di una parte, non può riscontrarsi che negli stabili (1). Ed essendo in questa materia affatto indifferente quali si abbiano a riputare i limiti dell'intero, séguita che ciascuna porzion di terra d'una certa estensione può esser capace di possesso, benchè l'antecedente possessore l'abbia considerata come parte di un tutto maggiore. Quel che rileva, è la determinata estensione della parte da acquistare; val quanto dire che non si acquista il possesso di una cosa, se non in quella misura che il possessor novello distintamente si proponga di possedere.

Regola seconda. Quando una cosa è solo idealmente partita, il possesso di una parte è parimente possibile; a condizione però, che la estensione di tal parte sia compiutamente determinata. Essendo in tal caso la determinazion delle parti una pura operazione aritmetica, non altro occorre a potere acquistare il possesso di una parte, se non di conoscere il rapporto di questa col tutto: vale a dire che il tutto è considerato come una unità, la parte come una frazione, della quale si dee, per acquistare il possesso, conoscere il numeratore ed il nominatore. Per esempio, colui al quale sia toccato il terzo di una successione, entra per una terza parte nella proprietà di tutte le cose componenti il patrimonio del defunto: s'egli vende e consegna un fondo appartenente alla successione, il compratore acquista il possesso di un terzo del fondo, perchè questo terzo è il proprio obbietto del nuovo possesso. — Questa regola, insieme con la prima, si ha ne' seguenti testi:

1. L. 26, D. *de poss.* (Pomponius, lib. 26, ad Q. Mucium.) « *Locus certus ex fundo* « et possideri et per longam possessionem « capi potest: et *certa pars pro indiviso*, quae « introducitur vel ex emptione, vel ex do- « natione, vel qualibet alia ex causa. *In-* « *certa autem pars* nec tradi, nec (usu) capi « potest (1): veluti si ita tibi tradam, *Quid-* « *quid mei juris in eo fundo est* (2): nam « qui ignorat (3), nec tradere, nec accipere « id quod incertum est, potest ».

2. L. 32, §. 2, D. *de usurp.* (Pomponius, lib. 32, ad Sabinum.) « *Incertam partem* « *possidere nemo potest.* Ideo si plures sint « in fundo, qui ignorent quotam quisque « partem possideat, *neminem eorum mera* « *subtilitate possidere Labeo scribit* (4) ».

(1) L. 8, D. *de rei vind.* « . . . que distinctio « *neque in re mobili*, neque in hereditatis peti- « tione locum habet: *nunquam enim pro diviso* « possideri potest ».

(1) Cioè a dire che non può acquistarsene il possesso.

(2) Questo esempio, parimente che la regola medesima, si riferisce a'due casi da noi spiegati più sopra. Laonde, il possesso è impossibile, o che si tratti di un LOCUS *incertus ex fundo*, o che di una *incerta* PARS PRO INDIVISO.

(3) Sc. quanta pars sit.

(4) In effetto, che si riprova egli qui, siccome una mera sottigliezza? Non certo la regola, perchè Pomponio la dà per vera, tanto in questo frammento, quanto nel precedente; senza che, essa deriva immediatamente dalla nozione dell'*animus possidendi.* La critica dunque non cade che sull'applicazione di essa regola: ed ecco in che consiste. Due persone, pretendenti ad un fondo vacante, l'occupano ad un tempo: e poichè per ora nessun de'due vuol contrastare al possesso dell'altro, perchè ciascuno attende a preservarsi dalle pretensioni di un terzo che per avventura dia loro assai più da temere, ecco che essi vengono a tacitamente riconoscersi compossessori. Ma non potendo a rigore esservi partizione ideale, se non per effetto di un atto giuridico (*introducitur ex emptione etc.* L. 26, D. *de poss.*),

3. L. 3, §. 2, D. *de poss.* « Incertam par« tem rei nemo possidere potest: veluti si « hac mente sit: ut quidquid Titius possidet, « tu quoque velis possidere ».

Regola terza. Da questi due casi in fuori, non si può mai acquistare il possesso di parte di una cosa sussistente da sè. Questa impossibilità, per essere ordinariamente da natura, non abbisogna di positiva ordinazione: così per esempio, è chiaro di per sè che nessuno può acquistare il possesso d'una delle travi di un solaio, o d'una delle ruote di una carrozza, finattantochè queste cose fanno parte del loro tutto. Ma prescindendo ancora da questa fisica impossibilità, siffatto possesso è anche impossibile per ragioni giuridiche: così per esempio, un edifizio non può esser posseduto senza del suolo su cui posa, e la ragione evidentemente è che un edifizio, considerato siccome parte d'un tutto, è inseparabile dal suolo. Infatti, questa proposizione, che il suolo e l'edifizio appartengono giuridicamente l'uno all'altro, che sono parti di un medesimo tutto e non già cose indipendenti l'una dall'altra, si ha chiaramente in moltissimi testi (1).

Da siffatta proposizione naturalmente consegue che una casa ed il suolo della medesima non possono aver differenti padroni, come nol possono i diversi piani d'uno stesso casamento (2). Parimente, che un diritto ipotecario non può esser costituito sopra una sola di dette parti, essendone sempre gravato il tutto (1). E poichè la stessa ragione milita pel possesso, seguita altresì che il suolo e la casa, o i varii piani d'un casamento, non possono aver possessori differenti, a quel modo che non può uno posseder la testa e le braccia di una statua nel tempo medesimo che un altro ne possegga il restante. Della quale applicazione al possesso non ci mancano testimonianze positive (2).

Regola quarta. Chi acquista il possesso d'una intera cosa, possiede il tutto, ma non ha possesso particolare in su ciascuna delle parti.—Le tre regole auzidette concernevano il possesso della parte acquistata separatamente dall'intero: or si tratta della parte che altri voglia possedere nel tutto e per il tutto, ma nondimeno come obbietto indipendente; e cosiffatto possesso si dice impossibile. Questa regola veramente importa soprattutto per la usucapione, ma non può pure occorrere negli interdetti, almeno nell'antica forma dell'interdetto *Utrubi*, dovessa è da applicare a quel modo medesimo che nella usucapione (3).

La *prima applicazione* che di tal regola

---

consegue che nessun de'due non sia diventato possessore, e che il terzo possa occupare il possesso con la forza. Tutta siffatta deduzione però si fonda sopra una pura sottigliezza; essendo evidente che molto più naturalmente si considera ciascuno come possessor *di metà*, contuttochè non se ne possa produrre alcun formale convegno. — Se non che, ancor più naturale è supporre che il testo parli del seguente caso. Caio, possessor di un fondo, se ne muore. Seio e Tizio sanno di essere unici eredi, ma per non avere ancor letto il testamento, ignorano qual sia la parte ordinata per ciascuno. In tale incertezza, piglian possesso. Stando alla detta sottigliezza, nessuno de'due sarebbe possessore: ma chiaro è che tutt'e due debbon godere tanto diritto, quanto un solo avrebbe mediante il prendimento del tutto; e che perciò gl'interdetti competono loro a comune. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(1) L. 49, pr. D. *de rei vind.*—L. 20, §. 2, D. *de S. P. U.* — L. 98, §. 8, D. *de solut.* — L. 21, D. *de pign. act.* — L. 23, pr. D. *de usurp.* — L. 44, §. 1, D. *de O. et A.*

(2) L. 50, D. *ad L. Aquil.*—L. 2, D. *de superf.* — L. 98, §. 8, D. *de solut.* — L. 17, D. *comm. praed.*

(1) L. 21, D. *de pign. act.*

(2) L. 44, §. 1, D. *de O. et A.* « Sic et in « tradendo si quis dixerit se solum sine superfi« cie tradere, nihil proficit quo minus et super« ficies transeat, quae naturae solo cohaeret ». (Ma la tradizione è relativa direttamente al possesso, e indirettamente alla proprietà.)— L. 15, §. 12. D. *de damno infecto*: « Si ex superficie, inquit. « damnum timeatur, non habebit res exitum; nec « profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam « quis possidere non possit ». — L. 23, 26, D. *de usurp.* « Sine possessione usucapio contingere non « potest. Nunquam superficies sine solo capi lon« go tempore potest ». (Noi consideriamo, infatti, la seconda proposizione come una semplice conseguenza della prima. Conf. però: *Zeits. Rechts. IV*, 415).

(3) Sonovi ancora molte obbiezioni da fare agli esempli allegati da Thibaut (*Append.* a Cupero, p. 163). Perciocchè una cosa mobile, la quale fosse connessa con una immobile, potrebbe anche in se stessa ritenere la sua qualità di appartenenza, e ad un tempo esser obbietto di possesso. Oltracciò nell'interdetto QUOD VI il possesso è al tutto indifferente; nell'interdetto DE VI la *dejectio* dalla cosa mobile è sempre congiunta alla *dejectio* dal suolo; e nell'interdetto UTI POSSIDETIS il turbamento nel possesso della parte, ancorchè posseduta per se medesima, potrebbe nello stesso tempo considerarsi come un turbamento nel possesso del tutto.

s'incontra, è questa: colui che ha preso possesso di una carrozza, non ha per questo sol fatto acquistato per ancora il possesso delle ruote di per sè medesime; ed il simile si dica delle altre cose composte (1). Allorchè dunque, per uno esempio, la carrozza sia rubata, si sa che non può essere usucatta; ma se il ladro avesse avuta una delle ruote per qualche legittima via, non per questo potrebbe usucapirla, atteso ch' egli non la ruota possiede, ma la carrozza. Viceversa, se la carrozza non fosse rubata, e la ruota sì, l'usucapione della carrozza darebbe ancora la ruota. — Ma quando il tutto da me posseduto sia scomposto, un nuovo possesso comincia per le parti, le quali lo fino a quell'ora non ho singolarmente possedute. Questa proposizione sarà anch' essa dichiarata meglio mediante l' usucapione. Infatti, quando al tempo del detto scomponimento l' usucapione di tutta la cosa è compiuta, la proprietà di ciascuna parte è già acquistata, e naturalmente non vien meno per la separazion delle parti (2): quando poi la separazione avviene innanzi che l'usucapione non sia del tutto compiuta, è mestieri che una novella usucapione cominci per le singole parti, ma la giusta causa della usucapione del tutto si stende egualmente a quella delle parti (3). Il simigliante è del già seguito prendimento (*apprehensio*) del tutto; sicchè il possesso della parte separata è acquistato per effetto della semplice separazione, senza bisogno di alcun atto novello (4).— Queste due proposizioni dovrebbero già, lasciando stare i loro particolari fondamenti storici, tenersi vere per questo solo rispetto, che tutte le restrizioni da noi poste all'acquisizion del possesso nel presente paragrafo, concernono unicamente la mancanza di *animus possidendi*, o punto non toccano nè il prendimento nè la giusta causa del possesso.

Seconda applicazione. Colui che compra un fondo, lo possiede in intero, ma non ne possiede le singole parti come indipendenti dal tutto (1). Il qual caso però si differenzia dagli altri in ciò, che l'idea di cosa composta vi è arbitraria, e che per conseguenza uno scomponimento reale delle parti è impossibile. Laonde l'applicazione della nostra regola si limita alla giusta causa; rispetto alla quale solamente le nostre fonti di dritto ne fanno menzione (2).

Terza applicazione. Colui che acquista per via di usucapione la proprietà di un fondo, acquista ad un tempo, secondo alcuni giureconsulti, il tesoro ivi sepolto (3). L'errore della qual sentenza non è in pretendere che l'usucapione del tutto abbracci eziandio le parti, ma nel considerare il tesoro come parte del fondo: sicchè qui la nostra regola è stata applicata ad un caso a lei stranio.

Quarta applicazione. Colui che possiede una casa, non per questo ha il possesso delle singole travi e delle pietre che la compongono. Se tal possesso avesse, egli acquisterebbe la proprietà delle travi e delle pietre, le quali cose son mobili, prima che quella della casa: il che per la nostra regola è impossibile (4). Un'altra conseguenza derivante dal-

---

(1) Il dritto particolare degli *edifizi* sarà considerato a parte.

(2) Unterholzner, *Prescriz.* p. 95, contraddice a questa proposizione, senza di cui pure la usucapione non può praticamente sussistere. Infatti, quando io avessi usucatto una cosa mobile, potrebbe ognuno privarmi della proprietà mia, con mandare in pezzi la cosa: e similmente potrebbe altri tormi la proprietà degli alberi posti in un fondo da me usucatto, tagliandoli.

(3) L. 11, §. 6, D. *de publ. in rem. act.* — Bisogna estendere ad ogni cosa disgregata ciò che in questo luogo è detto degli edifizi rovinati.

(4) V. nel §. seguente l'applicazione di questi principii alla percezione de' frutti.

(1) L. 2. §. 6, D. *pro emt.* « Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capturum; quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi: *quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes* ».

(2) Così, supponendo che io compri un fondo, una parte del quale appartiene al venditore, e l'altra a un terzo; certo è che io posso usucapire quest'ultima parte, ed in *tal senso* io la posseggo come una cosa a parte (Agg. alla 6.ª ediz.).

(3) L. 3, §. 3. D. *de poss.*

(4) L. 23, pr. D. *de usurp.* « Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit: accidit (accedit) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit (ut) dicat (in) possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori (tempore): quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur: ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet ». Tal è la lezione del *Codex* di Rhediger; dell'edizione di

là nostra regola e del tutto analoga agli altri casi, è che quando sia demolita una casa prima che l'usucapione sia compiuta, le travi e le pietre, siccome cose mobili, debbono esser da capo usucatte (1). — Ma quel ch'è affatto particolare, è che anco la usucapione dell'edifizio compiuta non si estende a' materiali, considerati come parti di questo tutto; intantochè quelli, venendo staccati, debbono essere separatamente usucatti, quando bene l'edifizio il fosse già da gran tempo. Il che però non si applica se non al caso che l'edifizio ed i materiali appartengano a diversi padroni: perchè quando sieno proprietà d'una stessa persona, è da applicare la regola ordinaria; laonde il proprietario antecedente, il quale abbia lasciato compiere la usucapione, non può poi raddomandare nè la casa nè le travi o le pietre di quella rimaste (2). La ragione di siffatta disposizione eccettuativa è, che quando si unisce una cosa, come parte, ad un'altra, il proprietario ha dritto di domandarne la separazione mediante l'azione *ad exhibendum*, e di raddomandarla dopo della separazione, come ogni altra cosa detenuta contra suo dritto: ma non essendo il medesimo de'materiali da costruire, de'quali il proprietario non può chiedere a separazione (3), era conseguentemente giusto di non ammettere una usucapione che il proprietario non aveva il dritto d'interrompere.

Anche nell'applicazione di questa regola

Roma 1476; Nor. 1483; Ven. 1483, 1494: Lugd. 1509, 1513; Ital. Parigi, 1514, 1536: ancora, di sette de'migliori manoscritti di Parigi, di quel di Metz, di quel di Lipsia, e del mio. — La lezione di Firenze è priva affatto di senso (« possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet »). — Conf. L. 8, D. *quod vi*.

(1) L. 23, §. 2, D. *de usurp.* « Si autem demolita domus est, *ex integro res mobiles possidendae sunt*, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur: *et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerint* ».

(2) L. 23, §. 7, D. *de rei vind.* « Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, *etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium postquam bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat* ». Conf. L. 59 in fin. D. *eod.* — L. 7, §. 11, D. *de adq. rer. dom.*

(3) §. 29, J. *de rer. div.* Dig. XLVII, 8. — Si ha dalla L. 23, §. 6, 7, D. *de rei vind.* che tale veramente è il motivo di siffatta eccezione.

è differenza dall'acquisto alla perdita del possesso; perciocchè quando un tratto abbiamo noi cominciato a posseder qualche cosa, non ne perdiamo il possesso per effetto della sua unione ad altre cose come parte di queste (1): la qual proposizione crediamo necessario di qui ricordare, per esservi di quelli che nel testo, che la contiene (2), han voluto scorgere una contraddizionn manifesta alla nostra regola (3). Ma qui, pa-

---

(1) S'intende già, che l'union della parte non abbia indotto specificazione alcuna, perchè allora l'esistenza della cosa primiera sarebbe evidentemente cessata, e quindi il suo possesso altresì. L. 30, §. 4, D. *de poss.* « Desinimus possidere... si quod possideams in aliam speciem translatum est ». — L. 30, §. 1, D. *de usurp.* « .... cum utrumque maneat integrum ».

(2) L. 30, §. 1, D. *de usurp.* « Labeo libris « epistolarum ait, si is, cui ad tegulorum (tegularum) vel columnarum usucapionem *decem dies superessent*, in aedificium eas conjecisset, « *nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset*. Quid ergo in his, quae non quidem « implicantur rebus soli, sed mobilia *permanent*, « ut in annulo gemma? In quo verum est, *et aurum et gemmam* » (cioè a dire l'uno e l'altra come cose a parte) « *possideri, et usucapi*, « *cum utrumque maneat integrum* ». — Dalla parola *maneat* di necessità s'inferisce, che le cose sono state prima possedute separatamente, e dipoi riunite in un tutto.

(3) Westphal (*Art. der Sach. etc.* §. 46, 548) il primo, ch'io sappia, ha fatto avvertire questa differenza tra l'acquisto e la perdita del possesso. Dopo di lui viene Winkler, *Diss. de interrupt. usuc.* Lips. 1793, p. 37. Unterholzner, *Bescriz.* §. 50, opina in contrario. — Cupero (§. 29) pretende, i giureconsulti romani esser caduti in una contraddizione inestricabile; e parimente Fleck, *de adq. poss.* p. 31. — Il dritto speciale de'materiali da costruzione è stato bene spiegato da Man (sulla L. 3, §. 3, *de poss.*): ma questo autore confonde cotesta eccezione con la regola generale da noi qui sviluppata. — Unterholzner (*Prescr.* p. 97) nega in generale la continuazion del possesso nel caso che le cose possedute separatamente sieno riunite in una cosa novella. Cerca egli torsi d'innanzi la L. 30, §. 1, *de usurp.* mutando nella prima metà di questa il *nihilominus* in *nihilomagis*: ma tal mutamento è, non che arbitrario, affatto opposto alle seguenti parole « *si aedificium possedisset* », poste evidentemente per una condizion restrittiva della proposizione. (Egli ha dipoi lasciato questo avviso; e prendendo i *decem dies* letteralmente, li considera come una stravaganza inesplicabile, *Teor. del poss.* §. 49). Quant'è alla seconda metà di detto testo, egli pretende che l'incastramento delle pietre preziose non è proposto come unione, ma bisogna compararlo all'atto del chiudere una cosa in uno astuccio: opinione al tutto opposta alle L. 6, D. *ad*

rimente che nell' acquisizione, è da fare un' eccezione per quanto si tratti di materiali da costruzione. Vero è che può di questo caso addursi uno esempio, in cui l' unione ad altra cosa non interrompe la prescrizione: ma il giureconsulto aggiunge espressamente la circostanza che soli dieci giorni fossero mancati a compire la usucapione, cioè un tempo sì breve che una interruzione (*usurpatio*) per via di vendicazione sarebbe stata appena possibile (1).

§. 22a. *Continuazione.*

Le regole da noi stabilite nel §. precedente possono solo servire a spiegar la percezione de' frutti fatta dal possessor di buona fede (*fructuum perceptio bonae fidei possessoris*): della qual percezione dobbiamo qui far menzione per conto delle sue numerose relazioni col possesso. Ma essa non può esser dichiarata altrimente, che opponendola agli altri casi di acquisizione di frutti (1).

I. Il vero proprietario acquista la proprietà de' frutti nello istante del loro *nascimento*, per via di *accessione*: che altro non è, che applicare alla proprietà quella regola, *fructus rei frugiferae pars rei est*. Vero è ch'egli con la sola separarazion de' frutti dalla cosa principale s' impossessa di quelli, come di cosa particolare e per sè stante; ma tal circostanza non è di momento alcuno per la proprietà, o per questo han ragione le nostre fonti di dritto a non farne in nessun luogo menzione. Generalmente, cosiffatta separazione de' frutti è somigliante del tutto allo spartimento reale di ogni altra cosa intera, come a dir lo squartamento di un' animale, o la demolizion di una casa; la qual partizione è del pari indifferente alla proprietà. Pertanto, la proprietà de' frutti sarà bonitaria o quiritaria nè più nè meno che la proprietà della cosa fruttifera; cosicchè nel primo caso non è mai d' uopo acquistar per usucapione i frutti staccati; nel secondo, sempre.

II. Il fittaiuolo, l' usufruttuario, o generalmente chiunque deduca il suo dritto alla proprietà de' frutti dal dritto del proprietario, non li acquistano che con la percezione, cioè a dire con prenderne il possesso (2). Infatti, l' affitto e l' usufrutto includono, per

---

exhib. L. 23 §. 2. 5. D. *de rei vind.*, o dallo stesso autore egualmente abbandonata dipoi. — Se la L. 30, §. 1. D. *de usurp.* fosse sola, nessun dubbio potrebbe aver luogo: ma forza è convenire che la L. 7, §. 1. D. *ad exhib.* dà luogo a molte difficoltà. Si *può*, infatti, intendere per questo frammento, che appunto l' union della ruota col carro dee far cessare il possesso prescrittivo della ruota, o anche in generale qualunque possesso di questa: nel qual caso devesi ammettere che i romani giureconsulti non sono in ciò stati di accordo. Ma si *può* pure supporre che la ruota fosse stata rubata, e però non soggetta al possesso civile. Finalmente, la parola *quamvis* può spiegarsi altresì « quando bene il possesso civile venisse a mancare (per alcun motivo non espresso) », siccome appunto Thibaut in altro luogo spiega il vocabolo *licet*. La varietà de' significati, di cui questo luogo è capace, par che u.iti per la preferenza da noi data alla L. 30, §. 1, *de poss.*, rispetto alla quale non è possibile di prendere scambio. — La L. 1, §. 2, D. *de tigno juncto* dà luogo a meno difficoltà; perciocchè, anche quando il possessor della casa avesse il vero possesso delle travi, egli non potrebbe essere astretto a restituirle, e però non potrebbe esser considerato come possessore per rispetto alla *vendicazione*, della quale ivi si ragiona.

(1) Sicchè, i *decem dies* denotano in generale un breve spazio di tempo, al modo medesimo che i *decem dies* della L. 30. D. *de minor.*, ed i *paucissimi dies* della L. 16, D. *de fundo dot.* — Ho qui lasciata tal quale la sposizione da me data nella 3.ª edizione: ma dipoi il prof. signor Falck mi ha comunicato, per la prima metà della L. 30, §. 1, *de usurp.*, la seguente spiegazione, alla quale aderisco. Le *tegulae* e *columnae* non figurano qui come veri materiali da costruire, ma come giunte esteriori dell' edifizio (sempre però, che le colonne sieno poste ad ornamento e non a sostegno): la quale sì poco salda unione non dovendo recar turbamento alcuno alla cominciata usucapione, i *decem dies* non dinotano qualunque breve tempo, ma il tempo ancor mancante a qualsisia usucapione: onde pare che quel numero di dieci giorni provenga da un caso effettivamente occorso. Questa spiegazione è rafforzata dalla L. 23, §. 1, D. *de usurp.*; secondo la quale le *columnae* (nel senso sopraddetto) possono dar luogo a vendicazione ed a regresso (diversamente dalle *tabulae*; L. 36, *de evict.*). — Vero è che la L. 1, *de tigno juncto* ordina il contrario per le *tegulae*, ma essa aggiunge: *quidam ajunt*: nè dee recar maraviglia che circa tali applicazioni particolari le opinioni differissero. — Le regole da noi stabilite nel testo non restano un minimo che smentite da questa nuova spiegazione: la quale, ammessa da me fin dalla 4.ª edizione, è stata poi contraddetta da Thibaut; ma le obbiezioni di questo autore debbono, se non m' inganno, dileguarsi innanzi agli schiarimenti da me dati alla detta spiegazione.

(1) Il quale obbietto essendo per noi d'interesse solamente indiretto, è chiaro che noi possiamo trattar per minuto. — Lo stesso motivo ci fa tacere delle tante opere scritte ultimamente circa questa materia. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(2) L. 13. D. *quib. mod. ususfr.* — L. 25. §. 1, D. *de usur.*

rispetto a' frutti, da un lato la *justa causa dominii quaerendi*, e dall'altro il permesso di prendere eziandio possesso: il perchè l'*apprehensio* costituisce una vera tradizione, per virtù della quale la proprietà de' frutti trapassa dal proprietario della cosa principale al fittaiuolo ed all'usufruttuario. Che se il locatore, ec., avea la proprietà quiritaria della cosa principale, e quindi de' frutti, il fittaiuolo acquistava, mediante la percezione, quando la proprietà quiritaria de' frutti, e quando la bonitaria: la prima, allorchè i frutti erano *res nec mancipi*, come tutti i frutti de' campi; la seconda, allorchè quelli erano *res mancipi*, come per esempio un cavallo (1).

III. Il possessor di buona fede (*bonae fidei possessor*) gode naturalmente lo stesso dritto di *accessione* che il verace proprietario (n.° 1), perciocchè la regola, su cui l'accessione si fonda, è al tutto generale. Cosicchè, colui il quale di buona fede possiede un fondo, allo stesso modo ne acquista i frutti tosto che nascono. Ma non è mai *questa* acquisizione il subbietto della disputa; perciocchè fino a quando i frutti sono uniti alla cosa principale, nè rispetto al possessor di buona fede nè rispetto al vero proprietario si può mai quistionare del dritto a' frutti, per esser questi compresi nella cosa che li porta. La *separazione* però ingenera un dritto al tutto nuovo, e quel di prima vien meno: il qual novello diritto ecco come si deve spiegare. Il fondamento della *bonae fidei possessio* è il possesso giuridico: ma quando un tutto si risolve nelle sue parti, un nuovo possesso comincia per queste, perchè esse, come corpi a sè, non erano ancora oggetto di possesso alcuno. Rispetto dunque a queste parti (cioè, nel caso nostro, rispetto a' frutti) il possesso di buona fede dee parimente ricominciare: o stantechè le regole del possesso vogliono che, quando un tutto venga scomposto, l'*apprehensio* e la *justa usucapionis causa* si trasmettano dal tutto alle parti, chiara cosa è che la nuova *bonae fidei possessio* de' frutti prende altresì principio, nel nostro caso, dal solo fatto della loro *separazione*, senza bisogno nè di nuovo prendimento (cioè della effettiva *fructuum perceptio*) nè di nuova giusta cagione (2).

Laonde, il possessor di buona fede differisce dall'usufruttuario e dal colono in ciò, ch'egli acquista il nuovo suo dritto con la semplice separazione, anche quando questa segua per caso o per opera altrui, dovechè l'usufruttuario e 'l colono non altrimente acquistano tal diritto, che mediante la loro propria percezione. D'altra parte, la differenza tra 'l possessor verace e quello di buona fede è questa, che il primo gode prima o dopo della separazione la vera proprietà de' frutti, e questa proprietà in ambo i tempi è *una medesima*; il secondo ha prima e dopo della separazione la *bonae fidei possessio* de' frutti, ma il suo possesso, dalla separazione innanzi, è *nuovo*, conciuttochè non si fondi in nuova causa, per essersi la causa del possesso precedente trasferita nel nuovo. Questa particolarità del possesso di buona fede, la quale a prima vista pare una vana sottigliezza, tirasi dietro conseguenze importantissime nella pratica:

A. Per l'attinenza che la *bonae fidei pos-*

---

(1) Questo risulta già dal sapersi che una cosa *nec mancipi* poteva essere alienata *ex jure quiritium* con la semplice tradizione, mentre che il medesimo non era delle cose *mancipi*. Ulpiano XIX, §. 3, 7.

(2) L. 48, p. 2. D. *de A. R. D.* — L. 25, §. 1, D. *de usur.* — L. 13, D. *quib. mod. ususfr.* Il considerar questa disposizione come alcun che di singolare, come una ricompensa debita alla buona fede, senz'altra connessione col sistema del giure, è cosa al tutto opposta allo spirito del dritto romano classico. Le spiegazioni nostre si fondano su motivi da noi già giustificati. Vero è peraltro, che un dritto affatto particolare dovrebbe essere attribuito al possessor di buona fede in su' frutti, per la coltura e la cura ch'egli vi adopera (*pro cultura et cura*, §. 35, J. *de rer. div.*): ma tal dritto particolare non si applica punto all'acquisto della *proprietà*, sì bene a' rapporti *obligatorii*. Infatti, se il possessore avesse venduti o consumati i frutti, e che di ciò si fosse migliorato, egli avrebbe dovuto, propriamente parlando, restituire il guadagnato, e poter esservi astretto non pure con la vendicazione della cosa principale, ma eziandio con una *condictio* particolare pel valsente dei frutti consumati. Or la legge l'ha prosciolto da quest'obbligo, e permessogli di conservare siffatto guadagno: e questo appunto significano quelle espressioni, *ejus fiunt fructus*, *fructus consumtos suos facit*, malamente applicate all'acquisizion della proprietà. Che queste espressioni non abbian punto che fare con la proprietà, chiaramente è provato dall'esser dette de' frutti *consumati*, stantechè cosa consumata non è più propria di alcuno: e provasi ancora perciò, che il detto dritto particolare è certamente applicabile ancora a' frutti chiamati civili, per esempio alle pigioni, nel qual caso è impossibile che si tratti di acquisto della *proprietà*. Del resto, non v'è parte della nostra sentenza, che non possa esser giustificata al paro di ogni più certo punto del dritto romano: ma bisognerebbe a questo effetto un'apposita discussione lunghissima.

sessio ha con la usucapione. Infatti, la separazione fa cominciare, insieme con la nuova *b. f. possessio*, una novella usucapione, la qual si compie sempre con tre anni, per essere ogni frutto una cosa mobile. Prima della separazione, l'usucapion de' frutti si effettuava con quella ed in quella della cosa principale; e ad usucapire i fondi si sa che bisognavano dieci o venti anni (1).

B. Per le speciali *eccezioni* (2) stabilite rispetto alla *b. f. possessio* ed alla usucapione, segnatamente per le *res furtivae* e quelle *vi possessae*. Fintantochè i frutti forman parte della cosa principale, queste eccezioni naturalmente ad essi ancora si estendono; ma non così quando la separazione abbia dato principio al nuovo possesso di buona fede. Il medesimo è rispetto alla *res furtiva:* se i frutti erano già nati in balìa del ladro, rimanevano sempre *res furtiva*, non perchè la cosa principale aveva tal qualità, ma perchè compresi nel *furtum*; quando per contrario i frutti nascevano in balìa del possessor di buona fede, la detta ragione cessava, e nessun dubbio v'ha che in questo caso l'usucapione de' frutti potesse aver luogo (3). — Passiamo alle cose *vi possessae*, le quali faranno anche più chiaro il nostro assunto; perciocchè il divieto della usucapione, ch'è ristretto alle immobili, non può qui estendersi a' frutti staccati, quando che tutti i frutti son mobili. Questa applicazione adunque della nostra regola tanto è lontano che la smentisca (4), che anzi ci serve a determinarla più esattamente che non abbiamo potuto fare finora. Infatti, l'acquisto de' frutti mediante la separazione, da noi testè spiegato, ha luogo non solamente (come per poco abbiamo presupposto) in colui ch'effettivamente possiede la cosa principale in modo idoneo all'usucapione, ma eziandio per tutti coloro che riuniscano in sè le *condizioni positive* di siffatta idoneità (*possessio*, *bona fides* (1), *justa causa*), nulla importando se poi nell'effetto la cosa principale sia sottratta all'usucapione (2).

IV. Il colono d'un *ager vectigalis* e l'enfiteuta acquistano generalmente, per la qualità loro di conduttori, la vera proprietà dei frutti mediante tradizione (n.° 11): questa tradizione però non si fonda qui, siccome per ogni altro conduttore, sopra una nuova *apprehensio*, ma solamente nella separazione, siccome nel possessor di buona fede, per aver essi parimente il possesso giuridico della cosa principale. Contemporaneamente la detta tradizione dava loro sempre la proprietà romana, per la ragione che tutti i frutti dei campi erano cose *nec mancipi:* onde seguiva che il loro dritto a' frutti fosse anche più vantaggioso di quello del possessor di buona fede. Ma il *momento* in cui la loro acquisizione principiava, era il medesimo (3), ed aveva per entrambi lo stesso motivo, cioè le regole circa il possesso esposte nel §. 22. — E il non potersi di detto momento dell'acquisto dar ragione altrimenti che con le regole predette, ci somministra pure una pruova diretta a pro del possesso giuridico dell'*ager vectigalis*.

Il creditor sopra pegno, al quale il contratto a titolo di anticresi concede i frutti di uno immobile, si trova appunto nel caso medesimo. Egli deduce suo dritto a' frutti da una convenzione fatta col proprietario, appunto come il fittaiuolo; ma nel medesimo tempo egli ha, siccome l'enfiteuta (§. 24), il possesso del suolo, e la proprietà de' frutti gli dev'essere attribuita dal momento della separazione, sebbene noi non possiamo allegare alcun testo in sostegno di tale opinione.

---

(1) Per tal rispetto, la proprietà bonitaria del dritto antico non differiva di nulla dalla *f. b. possessio*. Perciò, chi aveva un fondo *in bonis*, acquistavalo con l'uso di due anni: ma per il legname, ch'e' vi tagliasse, bastava un anno.

(2) Nel senso legale, di opposizioni del reo alla domanda dell'attore (*Trad.*).

(3) L. 48, §. 5, D. *de furtis.* — L. 33, pr. D. *de usurp.* — Le discussioni de' giureconsulti romani intorno al portato delle schiave (*partus ancillae*) si fondano su motivi affatto speciali.

(4) Al quale effetto appunto l'adopera Zachariae (*De poss.* p. 30). Una seconda obbiezione dello stesso autore è anco men valida: pretendendo egli, che la percezion de' frutti sia un modo naturale di acquistare (*adquisitio naturalis*), e la *bonae fidei possessio* una instituzione positiva, introdotta anche dopo la usucapione.

---

(1) In qual momento la buona fede è necessaria? in quello del prendimento della cosa principale, o in quello dell'acquisizione de' frutti? I giureconsulti romani discordano. *V.* L. 48, §. 1, D. *de A. R. D.* — L. 23, §. 1, *eod.* — L. 11, §. 3. 4, D. *de public.* — L. 25, §. 2. D. *de usuris.* Questa quistione nulla importa alle nostre ricerche.

(2) L. 48. pr. D. *de A. R. D.*, e il §. 1 dello stesso frammento, che dice: « . . . is qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit ».

(3) L. 25, §. 1, D. *de usuris.*

§. 23. *Del possesso derivato.*

Ci rimane ancora da esaminare che cosa sia l'*animus possidendi* nel possesso derivato.

Ciò che questo possesso ha di particolare, è che un possessor precedente trasmette il suo *jus possessionis* senza della proprietà. Adunque l'*apprehensio* qui richiesta non differisce da qualunque altra: una certa volontà parimente dev'esservi, ma diretta soltanto all'acquisizione del *jus possessionis*. È quindi addirittura impossibile di voler trattare la cosa come sua (*animus domini*), perciocchè si riconosce espressamente ch'essa è propria di altrui.

Quel che qui c'importa è di compiutamente discorrere i casi che ammettono il possesso derivato: in altri termini, dobbiamo esaminare tutti gli atti giuridici, ne' quali trasmettesi altrui la detenzione senza la proprietà, e di ciascuno d'essi diffinire se il *jus possessionis* si trasmetta, o pur no, ad un tempo con la detenzione. Tali atti giuridici formano generalmente tre classi: alcuni non danno mai luogo al possesso derivato (§. 23); altri, sempre (§. 24); taluni altri, alle volte (§. 25). Per tutti ricordiamo l'avvertenza già fatta più sopra, che ogni possesso derivato è una eccezione alla regola. Egli è dunque costante che gli atti giuridici di tal natura non producono *alcun* possesso giuridico, e che sempre che il possesso venga nondimeno trasferito, l'esistenza del possesso giuridico vuol esser provata e spiegata.

Prima classe. Questa è di que' casi, ne' quali il possesso giuridico non è mai trasmesso insieme con la detenzione. Comune proprietà di tutti cotali casi è che il possessore attuale non perde per mezzo della trasmessione il suo *jus possessionis*, e che perciò colui al quale essa trasmessione è fatta, non lo acquista, ma solamente esercita, in qualità di rappresentante, il possesso del trasmettitore.

Il primo di questi casi, e il meno soggetto a dubbio, è quando noi trasmettiamo il possesso ad un altro col fine ch'egli ce lo amministri, o che il suo mandato risguardi soltanto il possesso, o che il maneggio di tuttoquanto il nostro avere (*procurator*, nel senso ristretto) (1).

Secondo viene il commodato. Colui che in tal forma concede ad un altro l'uso della

(1) « Quod servus *vel procurator*, vel colonus » tenent, *dominus creditur possidere* ». L. 1, §. 22, D. *de vi*. — Conf. L. 9, D. *de poss.*

propria cosa, non perde dunque il possesso di quella, nè il commodatario lo acquista (1).

In terzo luogo, il medesimo appunto è del contratto di affitto, non essendovi ragione alcuna di supporre ch'essa di sua natura porti l'alienazione del possesso (2). Quant'è all'usucapione, questo contratto non ha effetto alcuno: similmente il diritto degli interdetti non fa necessario di attribuire al fittaiuolo il possesso, perciocchè il suo contratto lo protegge abbastanza contro la violenza del proprietario, e contro alle terze persone gl' interdetti competenti al proprietario fanno altresì pel fittaiuolo, perch'egli in questo caso può astringere il proprietario a guarentirlo d'ogni danno o pure a cedergli i propri interdetti (3). — La regola che il fittaiuolo possiede a nome del locatore, malamente è sottoposta alle seguenti eccezioni:

A. Quando il fittaiuolo diventa proprietario della cosa stata finora in possessione di un altro, questo possesso finisce (4). — Ma la ragione n'è che in questo caso niuna locazione può esservi: onde questa pretesa eccezione altro non è, che una semplice applicazione della nostra regola.

B. Quando la trasmessione del possesso è espressamente stipulata. — Ma una convenzione di tal fatta è tanto contraria alla natura della locazione, che questa si ha per disciolta, allorchè il possesso è trasmesso per mezzo di un altro atto (5). Parecchi autori hanno negato questa proposizione, per aver franteso la *possessionis locatio* da noi sposta di sopra (§. 5): la quale non dinota punto, com'essi credono, un affitto traslativo del possesso, ma sì un affitto consentito da tal locatore che non abbia altro dritto che il pos-

(1) « Rei commodatae et possessionem et pro» prietatem retinemus ». L. 8, D. *commod.* — Conf. L. 3, §. 20. D. *de poss.*

(2) « ... et colonus et inquilinus sunt in praedio: et tamen non possident ». L. 6, §. 2, D. *de prec.* — « *Et per colonos, et inquilinos*, aut servos nostros possidemus ». — L. 25, §. 1, D. *de poss.* — Alcuni autori furon tratti in errore da due frammenti, ne' quali gl'interdetti son concessi al fittaiuolo (LL. 12, 18, D. *de vi*): ma supponendosi in quelli che il fittaiuolo abbia a viva forza cacciato il proprietario, chiaro è che il possesso del primo è cominciato dallo stante della *dejectio*, non dal principio dell'affitto.

(3) *V.* sopra, §. 9, agg. alla 6.ª ed.ª

(4) Circa questa proposizione, come pure circa la sua eccezione (*locatio possessionis*), conf. il §. 5. — Un'applicazione di detta eccezione si ha nel §. 24.

(5) L. 10, D. *de poss.* *V.* § 25.

sesso. Quest'ultima circostanza è la sola che distingue tal caso da quelli ordinari, ne'quali il locatore ha il possesso e la proprietà ad un tempo: ma essa è uniforme a tutti gli altri casi in ciò, che il fittaiuolo altro non fa che amministrare il possesso realmente tenuto dal locatore (1).

Un quarto caso di trasmessione della detenzione senza del possesso, s'incontra in un procedimento giudiziale de'romani, cioè nella immissione in possesso (*missio in possessionem*). Questo permesso dato dal pretore di prender possesso, era conceduto per due differenti effetti:

A. A fin di trasmettere la proprietà (cioè la proprietà bonitaria con la *conditio usucapiendi*) (2). In questo caso poteasi veramente acquistare ancora il possesso; ma tal possesso non era punto derivato, sì bene originario, perciocchè il possessore possedeva *pro suo*, vale a dir col proposito di trattar la cosa come sua propria.

B. A fin di antivenire un'alienazione, di assicuraro il godimento de'frutti, ec. Questi sono i propri casi, ne'quali la detenzione si acquista senza del possesso. La ragione è, che al mandato in possesso (*missus in possessionem*) si nega l'usucapione, per esser ciò appunto quel che distingue cotesta *missio* dalla predetta; nè si vede necessità di attribuirgli il possesso per rispetto agli interdetti, perch'egli ha un interdetto particolare, differente da' possessori, ed anche più vantaggioso di quelli (3). Facilmente adunque si spiega perchè nessuna messione di questa sorta non dia il possesso al *missus*, ma la sola detenzion della cosa a nome del precedente possessore (4).

Il quinto ed ultimo caso di questa classe concerne la detenzione che ha per fondamento un *jus in re*. Così, colui che ha fatta ad un altro la tradizione di una cosa, in usufrutto ovvero in uso, non perciò perde il possesso di quella; ma l'usufruttuario e l'usuario esercitano il possesso del proprietario, nel modo medesimo che l'affittaiuolo. — Della qual cosa non è difficile dar la ragione. Nessun cambiamento di possesso è necessario per conto della usucapione, stantechè il *jus in re* non è destinato ad operar cambiamento alcuno di proprietà: nè per conto degli interdetti, perciocchè il *jus in re* è protetto da particolari interdetti (§. 12) contro gli attacchi de'terzi, nè cotal protezione perde punto dell'efficacia sua per la circostanza che il proprietario abbia parimente, a cagion del suo possesso, un interdetto contro a chi glielo disturbi. Quant'è alle contestazioni che occorrer possono infra l'usufruttuario o usuario ed il proprietario, nè pur esse inducono necessità di negare il possesso a quest'ultimo. Ambe le parti hanno degli interdetti; ma stando questi tra loro come la vendicazione (*rei vindicatio*) all'azion confessoria (*confessoria actio*), cioè a dire come la dimanda alla eccezione, nessuna contestazione può occorrere, la qual non si possa facilmente decidere (§. 9, agg. alla 6.ª ediz.) Passiamo alla pruova di tutte queste proposizioni.

Quanto all'usufrutto, non è difficile il dimostrare come nessun possesso egli dia:

L. 6, §. 2, D. *de prec.* « ... et fructuarius,

---

(1) L. 37, D. *de pign. act.* V- §. 24.

(2) Dobbiamo qui mentovare la *missio ex secundo decreto damni infecti causa* (L. 7, pr. D. *de damn. inf.*): circa alla quale il giureconsulto nota pure espressamente, com'essa ingenerava il possesso giuridico: il che non avveniva mai nel primo decreto (L. 3, §. 23, D. *de poss.* agg.; L. 15, §. 16, 17; L. 18, §. 15, D. *de damn. inf.*). — La *bonorum possessio* era concessa al modo medesimo e con lo stesso effetto circa le singole cose, sebbene la parola *missio* non occorre forse mai a proposito della *bon. poss. edictalis.*

(3) Dig. lib. 43, tit. 4.

(4) L. 3, §. 23; L. 10, §. 1, D. *de poss.* — L. 3, §. 8, D. *uti poss.* — Thibaut (*Del poss.* p. 13) pretende esservi eccezione nel caso della *fraudolenta absentia* (L. 7, §. 1, D. *quib. ex caus. in poss.*): ma le parole *bona possidere*, usate dal testo allegato, non si riferiscono al possesso giuridico più di quanto faccia ogni altra *missio* dei creditori (L. 3; §, 8, D. *uti poss.*); anzi l'espressione *bona possidere* è adoperata in altri casi di questa specie, nei quali non esiste certamente alcun possesso giuridico (L. 12, *quib. caus. in poss.*) — La legge 30, §. 2, D. *de poss.* par che si opponga alla stessa regola: « Item cum praetor idcirco « in possessionem rei (ire) jussit, quod damni in« fecti non promittebatur: *possessionem invitum « dominum admittere Labeo ait* ». Ma egli è evidente, questo frammento non esser punto opposto a' precedenti; perciocchè essendo esso del medesimo giureconsulto, che la L. 3, §. 23, D. *de poss.*, cioè di Paolo, non può l'avviso di Labeone esservi riferito altramente che in detta L. 3: e però la sentenza di Q. Mucio, e le parole *ineptissimum est*, che in questa sono espresse, debbono in quella (L. 30 cit.) sottintendersi. La stessa opinione, come propria di Paolo, non può riguardare ad altro che al *secundum decretum*.

inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio: et tamen *non possident* (1) ».

L. 12, pr. D. *de poss.* « Naturaliter videtur « possidere (2) is qui usumfructum (3) habet ».

In termini egualmente espressi un altro luogo spiega il rapporto ch'è tra l'usufrutto e la proprietà, distinguendo l'esercizio (cioè a dire il possesso) dell'una da quel dell'altro come due dritti indipendenti e compatibili:

L. 52, pr. D. *de poss.* « Permisceri causas « possessionis, et ususfructus non oportet: « quemadmodum nec possessio, et proprietas « misceri debent: *neque* (4) *impediri possessio-* « *nem, si alius fruatur: neque alterius fru-* « *ctum amputari* (5), *si alter possideat* ».

Questo così semplice rapporto del possesso * il'usufrutto non è stato mai riconosciuto, se non da pochissimi giureconsulti (6).

I più tra essi concedono all'usufruttuario, una con la *juris quasi possessio*, il possesso giuridico della cosa medesima (1), tra perchè falsamente concepiscono il possesso naturale, e perchè non veggono in questo caso, come nelle altre servitù, dato un particolare interdetto, sì bene gl'interdetti *de vi* e *uti possidetis*. Ma essi non han posto mente a ciò, che il dritto di ricorrere a certi dati interdetti differisce evidentemente moltissimo dal dritto di adoperare in generale gl'interdetti. Egli è, veramente, ordinato in particolare che l'usufruttuario abbia gl'interdetti medesimi del vero proprietario, ed è questa una estensione di siffatti interdetti ai di là del loro effetto originario (2), ma tal circostanza è del tutto accidentale: onde a torto si considera come una eccezione alla regola il dritto dell'usufruttuario agli interdetti in generale; e tale diritto, nè l'applicazione accidentale degli interdetti competenti al vero possessore, non includono motivo alcuno di attribuire all'usufruttuario il possesso della cosa.

Ciò ch'è detto dell'usufrutto, intanto più deve applicarsi al dritto di uso ed alle altre servitù attribuenti la detenzione della cosa, che in tutti cotesti casi la proprietà resta manco scemata che per l'usufrutto, quandochè minor porzione di dritti da essa è staccata.

Ecco probabilmente il motivo altresì, per cui le nostre fonti di dritto non trattano forse in luogo alcuno del possesso considerato nei suoi rapporti con siffatte instituzioni giuridiche.

Ma questo principio non si restringe alle servitù, applicandosi parimente a qualunque *jus in re*, e per conseguenza altresì alla superficie: perciocchè questa dà dritto a un interdetto a lei propriu (3) e non mica all'interdetto *uti possidetis*, che pure ha luogo in ogni possesso giuridico. Oltre a ciò, noi ci fondiamo in sul seguente passo, il

---

(1) Conf. L. 1, §. 8, D. *de poss.* — L. 10, §. 5, D. *de adq. rer. dom.* (§. 4, J. *per quos pers.*) — L. 5, §. 1, D. *ad exhib.* — Per contrario, Cicerone (*Pro Caecina*, c. 23) dice: « Caeseniam *possedisse propter usumfructum non negas* ». Ma non è necessario ammettere che a quel tempo il dritto fosse altro, nè che Cicerone o per ignoranza o per artifizio asserisse quel che non era: avvegnachè non si possa negare che l'usufruttuario ha veramente un possesso, cioè la *juris quasi possessio*, come pure il dritto d'invocar gl'interdetti, e che nel caso di Cicerone trattavasi appunto della esistenza degli interdetti. Solamente, l'usufruttuario non dee avere un possesso nel proprio senso, cioè il possesso della cosa medesima (*possessio ipsius rei*): nè Cicerone pretende punto che tal possesso egli avesse.

(2) J. e. jus possessionis habere non videtur. — Il senso preciso di questo passo risulta dalla sua connessione con gli altri, perciocchè la espressione *naturalis possessio* ha doppio senso. — Glosa interl. ad v. *naturaliter* (MS. parig. 4158 a: « Id est corporaliter tantum. M. (cioè, Martino).

(3) L. ediz. di Roma, 1476, legge *usum*.

(4) La lezione *neque* è ammessa da sette MSS. di Parigi, da uno di Metz, da quel di Lipsia, e dal mio; poi dal Cod. di Rhed. e dall'edizioni di Roma 1476, Nov. 1483, Venezia 1485 e 94, Lugd. 1509 e 13, Stalla 1514, Parigi 1536: ed anco è confermata da' Basilici. — Il MS. di Firenze pone: *namque*.

(5) I MSS. e le edizioni citate nella precedente nota hanno *amputari*. Si sa che l'usufrutto si perde col non uso: pertanto, giusta il nostro testo, il semplice possesso altrui non basta a far perdere l'usufrutto, stantechè l'esercizio dell'usufrutto e quello della proprietà (*a*) son tra loro indipendenti. — Il MS. di Firenze legge: *computari*.

(6) Piacentino, *Summa in Cod.* L. 8, t. 4 e 5. — Alciato, sulla L. 1, pr. D. *de poss.* n.° 42, 43. — Hetes, *De poss.* 1, 4.

(*a*) Ch'è appunto il possesso; perocchè l'esercizio dell'usufrutto è quasi possesso di un dritto (*Trad.*).

(1) Giov. Bastiano (V. sopra, p. . . . .) La Glosa sulle L. 23, §. 2, D. *quib. ex caus. maj.*; L. 3, §. 9, L. 9, D. de vi; L. 4, D. *uti poss.*; L. 6, §. 2, D. *de prec.* — Bartolo, sulla L. 1, pr. D. *de poss.* n.° 9, 12. — Cuiacio, *Obs.* IX, 33; XVIII, 24; *Comm.* alla L. 12, pr. D. *de poss.*; *Comm.* al Codice, lib. 7, tit. 32. — Galvano, *De usufr.* c. 34. — Accursio e Cuiacio hanno accozzate tutte le opinioni possibili: Galvano trovò anche altri mezzi d'imbrogliar del tutto la quistione.

(2) Donello, *Comm. jur. civ.* XV, 32 e 33.

(3) Dig. lib. 43, tit. 18.

quale espressamente prescrive in quanto alla superficie, che tra 'l dritto di proprietà ed il *jus in re* sia quel rapporto medesimo che tra l'azione e la eccezione:

L. 3, §. 7, D. *uti poss.* « Sed si supra « aedes, quas possideo, coenaculum sit, in « quo alius quasi dominus moretur, inter- « dicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait: « non eum, qui in coenaculo moraretur, « semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, « ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri qui κρυπτας possideret, sed ab eo cu- « jus aedes supra κρυπτας essent: verum est « in eo, qui aditum ex publico habuit. Cete- « rum superficiarii *proprio interdicto* et actio- « nibus a Praetore utentur: dominus autem « soli, tam adversus alium, quam adversus « superficiarium *potior erit interdicto uti pos- « sidetis: sed Praetor superficiarium tuebitur « secundum legem* locationis, et ita Pompo- « nius quoque probat ».

Questo passo è stato sempre franteso, per essersi costantemente supposto ch'esso dall'un capo all'altro trattasse del medesimo caso. Ma il vero è che questo testo si compone di due distinte parti, perciocchè il giureconsulto, a cominciar dalla parola *ceterum*, entra in tutt'altro ragionamento. Nella prima metà il caso è questo: io abito una casa, il cui piano disopra è posseduto da un altro, non già come inquilino ovvero usufruttuario, ma *quasi dominus* ed a quel titolo medesimo ch'io occupo la parte disotto; inguisachè ciascuno di noi dovrebbe per fermo esser reputato solo possessore, se non fosse il conto che dee tenersi dell'altro. Or come in questo caso decidere del possesso e degl' interdetti? Potrebbe credersi che gl'interdetti vadano conferiti a ciascuno per quanto spazio egli occupa: ma sebbene questa opinione, la qual risolverebbe la quistione nel modo più facile, non sia contraddetta dal giureconsulto, egli nondimeno tacitamente ne suppone la impossibilità, la quale evidentemente proviene dal non potere i diversi piani di una casa esser posseduti da diverse persone. Altro partito dunque non resta, che dichiarare un di noi solo possessore di tutta la casa, ed a lui solo dar gl'interdetti. Ora, dice il giureconsulto, generalmente colui che occupa il disotto, ha il possesso di tutta la casa, perciocchè la sua parte è unita al suolo, e che l'edifizio seguita quest'ultimo. Ma pure non sempre è così; perocchè quando l'abitante del disopra occupa la principal dimora della casa, ed ha un suo proprio uscio da via (*aditum ex publico*), mentre che l'altro occupa un luogo sotterraneo, una cantina (κρυπτη), il primo è considerato come vero possessore di tuttaquanta la casa ed è protetto con gl'interdetti, il secondo dee cedere. Sicchè, in questo primo caso il giureconsulto supponeva che ciascuno dimorasse *quasi dominus*. — Passando dipoi al secondo caso, egli dice che tutt'altro è quando l'abitante superiore non dimori nella casa *quasi dominus*, ma per virtù del dritto di superficie. Allora, sparita la detta difficoltà, tutto si decide agevolmente in conformità del rapporto in cui la *possessio* sta con la *quasi possessio*. Il proprietario è solo possessore di tutta la casa, ed ha l'interdetto *uti possidetis* contro chiunque altro, non escluso lo stesso superficiario: se non che costui, come da attore avrebbe l'interdetto *de superficiebus* contra ognuno, non escluso lo stesso proprietario, così egli può da reo convenuto valersene in forma di eccezione, per difendersi dall'interdetto *uti possidetis* del proprietario. — Tutta questa interpetrazione è dunque poggiata unicamente alla divisione di detto testo in due membri, distinti con bastante chiarezza dalla voce *ceterum*, nè per altro confusi se non perchè nel primo s'incontra il vocabolo *superficies*. Ma egli è evidente che questo termine non è quivi usato a designare la instituzione giuridica di tal nome, sì bene materialmente a significar l'edifizio per opposito al suolo.

Posta la verità di cosiffatta divisione ed interpetrazione, il contrapponimento de' detti due casi mostra chiaro che il giureconsulto ha voluto attribuire la *corporis possessio* del tutto e di ciascuna sua parte al solo propietario del fondo; al superficiario poi non altro, che la *juris quasi possessio* di quelle parti che sono obbietto del contratto (*secundum legem locationis*) (1).

---

(1) Del Re (*Spec. observ.* Steidelb. 1812, p. 62) pretende che la superficie non sia un *jus in re*, ma una specie di proprietà bonitaria ovvero *dominium utile;* e ciò con argomenti simili a quelli addotti da noi nella 2.ª ediz. per attribuire all'enfiteuta una proprietà bonitaria, cioè l'aver questi nella pratica quasi tutti i vantaggi del proprietario. Egli però trascorre tropp'oltre, quando dalle LL. 73, 75, *de rei vind.* (« Superficiario.... Praetor causa cognita in rem actionem pollicetur ») conclude che il superficiario ha la vendicazione, per esser questi frammenti compresi nel titolo *De rei vindicatione:* ond'è poi necessitato ad ammettere una equità opposta, non che alla ci-

Piacentino (1) è forse il solo autore che abbia riconosciuto che il possesso da verun *jus in re* non riceva alterazione. Il più dei giureconsulti si sono contentati di esaminare se il possesso venisse alterato da' soli due dritti di usufrutto e di superficie, perchè il caso ha voluto che le nostre fonti non ne parlino a proposito di alcun altro diritto reale (2).

§. 24. *Continuazione.*

Seconda classe. Questa comprende i casi, in cui la detenzione non è mai trasmessa senza del possesso; i quali son due:

I. Il possesso dell'*enfiteuta*. Essendo questo possesso generalmente certo, ma nello stesso tempo non informale dall'*animus domini*, non può esser considerato che come un possesso derivato. Del rimanente, che sia questo il caso di un possesso derivato, e non di una semplice *juris quasi possessio*, si può bene provar con ragioni storiche, ma non già per la essenza o per lo scopo medesimo della enfiteusi (3).

II. Il possesso del *creditor sopra pegno*, cioè il possesso risultante dal contratto di pegno (*contractus pignoris*). Non ogni presa di pegno produce dunque siffatto possesso, ma quella sola che abbia luogo per contratto: segnalamente nol produce il pegnoramento pretorio (4), perchè questo risulta da ogni *missio in possessionem* (1), e per le più tale immissione non ha per conseguenza possesso alcuno; nè meno lo produce il *pignus in causa judicati captum*, per analogia col pegnoramento pretorio (2); nè finalmente un semplice contratto non accompagnato dalla consegna delle cose promesse per sicurtà del creditore (3).

Il possesso del creditor sopra pegno deve, a nostro avviso, spiegarsi al modo che segue. Per lungo tempo i Romani non conobbero che due maniere di assicurar l'adempimento di una obbligazione mediante la roba del debitore. Costumavasi in prima di cedere fin dal principio o per via di mancipazione la proprietà di una cosa al creditore, il quale però dovea nell'atto stesso della mancipazione promettere di lasciar redimere la cosa (*pactum de remancipando*, *fiducia*). Ma questa forma essendo piena di difficoltà, ed oltracciò ristretta a certe specie di cose (alle *res mancipi*) (4), si passò all'uso di far semplicemente la tradizion della cosa al creditore, serbando al debitore il solo dritto di domandarne a suo tempo la restituzione (*actio*

---

vil ragione, alla stessa ragion naturale; il che certamente è contrario alla nozion medesima dell'equità. Noi reputiamo inutile il cercar pel superficiario, come per l'enfiteuta, alcun'altra forma legale che quella di un *jus in re*, il cui rapporto con la proprietà basta a spiegar tutto. Ben è da concedere che cotali *jura in re* del nuovo diritto sono stati assomigliati alla proprietà troppo più che le strette idee dell'antico dritto di proprietà nol permettessero. E appunto secondo l'antica nozione più pura della proprietà, la quale non avrebbe mai ammesso un dritto di pegno nel senso moderno, si è formata la teorica delle servitù, e secondo essa debbonsi spiegare le restrizioni delle servitù permesse, che i moderni giureconsulti son soliti riguardare come oziose sottigliezze degli antichi.

(1) *Summa in Cod.* L. 4, t. 4 e 5.

(2) Poco tempo è, che vari autori si son da capo affaticati a difonder la opinione, che il superficiario abbia la *corporis possessio*, e per conseguenza il proprietario no. Schroeter, *Zeitsc.* di Linde, t. 2, p. 244. — Buchholtz, *Vers.* p. 83. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(3) *V.* sopra, §. 12 *a* e §. 22 *a*. — Schroeter, *l. c.*, spiega altrimente il possesso dell'enfiteuta. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(4) Allorchè in fatto di vendicazione il reo non comparisce, e che perciò l'attore ottiene una *missio*, par ch'egli ottenga il possesso, per la L. 8 in fin. C. *de praes.* 30 v. 40 ann. Bulgaro non glielo concedeva se non a capo di un anno; Martino glielo attribuiva di presente, ma con questo, che gli potesse essere raddomandato entro un anno (Odofredo, sulla L. 3, D. *de poss.*). Nostro avviso è che il detto testo possa egualmente bene intendersi della semplice detenzione: la quale interpetrazione ci sembra anzi necessaria per la natura medesima del pegno pretorio.

(1) L. 26, pr. D. *de pign. act.* — L. 12, D. *pro emt.*

(2) Odofredo, *l. c.*

(3) L. 33, §. 5. D. *de usurp.* Non sarebbe dunque difficile a credere che in questo caso avesse luogo una *juris quasi possessio;* della quale peraltro non è fatta menzione alcuna. Noi non abbiamo fondamento da ammettere che il creditore, a cui l'azione ipotecaria dà la detenzione, ottenga pure il possesso giuridico. — Si potrebbe reputare il possesso essere a lui necessario per poter vendere e consegnare: ma è da avvertire ch'egli fa tradizione a nome di un altro, al modo medesimo che un mandatario, nel quale al certo non si richiede un proprio possesso per poter trasmettere la proprietà. (Agg. alla 6.ª ediz.) — Il *pactum hypothecae* non vuolsi confondere con un altro atto giuridico, il quale a prima vista pare il medesimo, cioè il *pignus* combinato insieme col *constitutum possessorium*. Ne parleremo più a lungo altrove.

(4) (Agg. alla 4.ª ediz.) Potrebbe tuttavia aggiungersi il medesimo effetto, mediante una *in jure cessio* (Caių, II, 59), la quale si applica ad ogni sorta di cose.

pigneratitia). Abbiamo già veduto più sopra che questo caso non può ammettere alcuno *animus domini*, nè per conseguenza alcun possesso originario: di modo che, se possesso vi ha, non può essere che il derivato, del quale appunto qui si tratta. Il creditore adunque, mediante la detta tradizione, riceve in primo luogo la natural sicurezza che gli dà la conservazion della cosa destinata a soddisfar suo credito, in mancanza di pagamento: la perdita del possesso naturale porta con sè quella di ogni sicurezza. Dobbiamo, in secondo luogo, considerar gl' interdetti possessori, e per la natura del contratto di pegno dimostrare a quale delle due parti dovessero esser concessi. Al debitore no, perchè non gli tornerebbe difficile il ripigliaro per qualche non legittimo modo il possesso naturale della cosa (1): dunque al creditore si debbono questi interdetti attribuire, perciocchè il suo contratto gli dava la detenzione, ed unico scopo degl' interdetti è quello appunto di conservare o di ricuperar la detenzione (2). In processo di tempo, allorchè fu data al creditore un'azion reale (*actio quasi serviana*) tendente alla ricuperazione del perduto possesso, si venne con questo a cangiare alcun poco l'aspetto della quistione. Gl' interdetti gli si fecero allora meno necessari, ma non perciò li perdette, stantechè anco un proprietario, contuttochè egli avesse malsempre avuto la vendicazione, si aveva gl' interdetti: però, questa mancata necessità mostra quanto grave errore sia quello di riferire il possesso del creditore alla detta azione reale, siccome a sua cagione ovvero a suo effetto, cioè considerarlo come nato di quest'azione ovvero ordinato per generarla, dovechè per questa il creditore avrebbe potuto benissimo fare senza il possesso. — Ecco dunque quali sarebbero le proprie condizioni delle due parti: il creditore avrebbe il possesso giuridico, vale a dire il dritto di ricorrere agl' interdetti, ma non godrebbe del dritto all' usucapione (*civilis possessio*), perciocchè egli non ha nè giusta causa nè buona fede; il debitore non avrebbe dritto agl' interdetti, nè generalmente possesso alcuno giuridico, sicchè la stessa usucapione che avrebbe avuta fino al momento della tradizione cesserebbe di correr per lui. — Ma quest' ultimo effetto, tanto è lontano che sia conseguente allo scopo propostosi nel contratto di pegno, che anzi egli sarebbe direttamente opposto all' interesse del creditore. Conciosiachè, se la cosa fino allora stata obbietto della usucapione del debitore, era di proprietà romana di un altro, non potendo questi perdere il dritto di vendicarla se non per lo compimento della usucapione, l'interrompimento di questa avrebbe mantenuto nel proprietario il dritto di usar della sua vendicazione così contro al creditore come contro a qualunque altro posseditore. — Cosiffatta opposizione dell' interesse del creditore in quanto agl' interdetti ed alla usucapione ha dato motivo, nel contratto di pegno, a quella eccezione alle regole del possesso, la quale in nessun altro atto giuridico s' incontra. E così discorrendo, ci troviamo pervenuti alle modificazioni seguenti: il creditore ha la *possessio*, cioè a dire il dritto d' invocar gl' interdetti, ma non la *civilis possessio*, cioè quella conducente all' usucapione; il debitore non ha dritto agl' interdetti, anzi generalmente non ha *possesso alcuno*, ma egli continua nella cominciata usucapione, come se non avesse mai cessato di possedere. Non è tanto indifferente, quanto pare a prima vista, o l'esprimere quest' ultimo principio a quel modo che noi, fondati in un luogo del dritto romano (1), abbiam fatto, vale a dire che il debitore possiede realmente, e il creditore insieme con esso. Perciocchè primieramente, i termini da noi usati riferiscono tutta la eccezione alla regola che *sine possessione usucapio contingere non potest*, e non punto a quell' altra che *plures eandem rem in solidum possidere non possunt:* ondechè la generalità di quest' ultima non viene ad esserne punto intaccata. Dipoi, la formola da noi adoperata ha il vantaggio di mostrare da qual lato sia solamente la eccezione: chè veramente il solo dritto del debitore esce della regola, rimanendo quello del creditore interamente compreso ne' propri termini del possesso derivato. Ed ecco perchè il possesso del creditor sopra pegno potea rettamen-

(1) Si potrebbe obbiettare, che il medesimo può dirsi dell' affittaiuolo, del commodatario, ec. Ma il contratto di pegno differisce dagli altri in ciò, ch' e' si propone appunto di dare al creditore una particolare sicurtà avverso il debitore, e quindi ha per fondamento la diffidenza del creditore; il qual fondamento mancherebbe, quando al debitore si concedessero gl' interdetti. Thibaut (*Archiv.* t. 18) spiega questo punto con molta giustezza ed assai più lucidamente di noi. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(2) Non è necessario considerare, siccome fa Unterholzner (*Prescriz.* p. 160), questo possesso del dritto di pegno come uno avanzo dell' antica *fiducia*.

(1) L. 36, D. *de poss.*

te servire a determinare le idee generali della *civilis* e *naturalis possessio;* il qual procedimento, se l'eccezione fosse stata dalla parte di esso creditore, sarebbe stato contrario ad ogni ragione di metodo.

Passiamo ora alla pruova delle nostre asserzioni circa il possesso del pegno.

A. Il creditore ha il possesso giuridico, ma non il dritto all' usucapione:

L. 16, D. *de usurp.* (1) « Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: *quod « ad reliquas omnes, causas pertinet, qui ac- « cepit, possidet* : ».

B. La prima proposizione testè enunciata ha per conseguenza che il creditore, ai pari d'ogni altro possessore, possa dare in fitto la cosa (2). Può egli affittarla eziandio al debitore, non ostante che questi sia ad un tempo proprietario: nel qual caso l'affitto costituisce una *possessionis locatio*, ed il debitore esercita il possesso di un altro in sulla cosa sua propria:

L. 37, D. *de pign. act.* (3) « Si pignus mihi « traditum locassem domino, per locationem « retineo possessionem: quia, antequam con- « duceret debitor, non fuerit ejus possessio: « cum et animus mihi retinendi sit, et con- « ducenti non sit animus possessionem api- « scendi ».

C. Il debitore non ha, propriamente, alcun possesso, ma si fa in suo favore una finzione giuridica, supponendo in lui una *possessio ad usucapionem*, cioè considerandolo, in quanto alla usucapione, come s'egli avesse ancora il possesso:

L. 36, D. *de poss.* « Qui pignoris causa « fundum creditori tradit, *intelligitur possi- « dere.* Sed etsi eundem precario rogaverit, « aeque per diutinam possessionem capiet.... « cum plus juris in possidere habeat qui pre- « cario rogaverit, quam *qui omnino non pos- « sidet* (1) ».

L. 16, §. 15, D. *de usurp.* « Qui pignori « dedit, *ad usucapionem* tantum possidet ».

L. 1, §. 15, D. *de poss.* « ... ad unam « enim tantum causam *videri* eum a debitore « possideri: *ad usucapionem...* ».

D. Il detto possesso fittizio del debitore fondandosi unicamente nella natura giuridica del contratto di pegno, séguita che dove non è pegno che di ragione sia valido, nè pur tale possesso ha luogo; come, infra gli altri casi, è quando il creditore fosse proprietario della casa datagli in pegno:

L. 29, D. *de pign. act.* (2) « Si rem alie- « nam bona fide emeris, et mihi pignori de- « deris... deinde me dominus heredem in- « stituerit, *desinit pignus esse.... idcirco usu- « capio tua interpellabitur* ».

Si trovano ne' giureconsulti moderni le più disparate opinioni circa il possesso delle cose consegnate per sicurtà d'un debito: ma le più non han che fare col nostro soggetto, riferendosi alle nozioni della *civilis* e della *naturalis possessio.* — Piacentino (3) si affatica molto per ricusare al debitore qualunque possesso. Se Donello è stato tacciato del medesimo avviso, la colpa in qualche modo n'è sua: ma nel vero, egli non nega il possesso del creditore se non dove spone il possesso originario accompagnato dall' *animus domini* (4). Non guari dopo, egli parla del trasferimento del semplice possesso, ed a questo proposito con molta giustezza fa menzione del creditore possessor della cosa impegnata (5). Ei dunque pecca piuttosto di ciò, che in vece di sviluppare ed applicare al nostro caso la distinzione di possesso originario e derivato, tacitamente la suppone. — Duareno e sopra tutti Valenza hanno convenientemente spiegati i rapporti che sono tra 'l creditore ed il debitore (6). — Westphal espri-

(1) Conf. L. 40. pr. D. *de poss.* — L. 13, §. 2, D. *qui sat. cog.* — L. 35, §. 1, D. *de pign. act.* — L. 3, §. 15, D. *ad exhib.* — La L. 7, §. 2, C. *de praescr. 30 vel 40 ann.* non può fondatamente essere opposta; perciocchè la espressione *possedere in nome altrui* può aver più d'un significato: oltracciò il debitore è, in effetto, trattato anch'egli come se avesse il possesso (*ad usucapionem*): e finalmente, se il contrario fosse vero, questa costituzione avrebbe dovuto realmente variare il gius antico, dovechè Giustino, non attendendo punto a regolare il dritto di possesso, si occupa soltanto della prescrizione dell'azione ipotecaria.

(2) L. 23. pr. D. *de pignor.*

(3) Conf. L. 37, D. *de poss.* — Dalla combinazione de' quali due testi, evidentemente risulta che la *possessionis locatio* (L. 28, D. *de poss.*) non può essere una *locatio* di tal sorte, che il conduttore ne acquisti il possesso giuridico. *V.* sopra, §§. 5 e 23.

(1) Queste parole, combinate col principio del testo e co' testi appresso, danno il seguente resultato: *Debitor omnino non possidet, sed ad unam causam (usucapionis) intelligitur possidere.*

(2) Conf. L. 33, §. 5, D. *de usurp.* A questa legge si riferisce quell'altra tanto dura a interpetrare: L. 16, D. *de O. et A.*, circa la quale è da vedere Chesius, *Jurispr. Rom. et Att.* t. 2, p. 872.

(3) *Summa in Cod. tit. de poss.* in fine (p. m. 333).

(4) *Comm. jur. civ.* lib. 5, c. 6.

(5) Loc. cit. c. 13.

(6) Duareno, sulla L. 1, §. 13, D. *de poss.*

me la sua opinione in questi propri termini (1): « Il giureconsulto commette un grave errore non ammettendo il possesso di quel debitore che abbia dato una cosa in pegno, se non per la usucapione.... Or va, e fidati spesso ne' legisti antichi! » (2)

§. 25. *Continuazione.*

Terza classe. I casi di questa classe, nei quali la detenzione è trasmessa talvolta insieme col possesso e tal altra senza, sono due: il *depositum* ed il *precarium*.

Per quanto è al *depositum*, la regola non ammette dubbio alcuno. In generale, il possesso non è dal depositario alienato più che dal locatore:

L. 3, §. 20, D. *de poss.* (3) « Sed si is, « qui apud me *deposuit*, vel commodavit, « eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, « non videbor causam possessionis mihi mu- « tare, *qui ne possidebam quidem* ».

Una molto ristretta eccezione a questo principio è quando l'obbietto di una vendicazione sia deposto presso una terza persona (*sequester*). Le parti possono con espressa convenzione conferire il possesso a sì fatto depositario, a fin d'interrompere qualunque usucapione in questo mentre corresse; ed è questo il solo caso, in cui il deposito porti mutamento di possesso (4):

L. 39, D. *de poss.* « Interesse puto, qua « mente apud sequestrum deponitur res: nam « si omittendae possessionis causa, *et hoc aper-* « *te fuerit approbatum*, ad usucapionem pos- « sessio ejus partibus non procederet; at si « custodiae causa deponetur, ad usucapio- « nem eam possessionem victori procedere (5) « constat ».

L. 17, §. 1, D. *depositi:* « Rei depositae « proprietas apud deponentem manet, sed « et possessio, *nisi apud sequestrem deposita* « *est* (1); *nam tum demum sequester possidet:* « id enim agitur ea depositione, ut neutrius « possessioni id tempus procedat ».

Il *precarium* seguita un principio affatto contrario; perchè sebbene esso trasferisca talora il possesso, tal altra la semplice detenzione, il primo trasferimento è di regola generale, dovechè il secondo dev'essere espressamente stipulato (2). — La ragione, per cui la trasmession del possesso ha qui luogo per regola generale, è perchè essa nessun pregiudizio arreca al proprietario (*rogatus*) (3): infatti, il suo possesso conducente alla usucapione continua per *accessio possessionis* (4), ed egli ha un interdetto affatto particolare per ricuperare il ceduto possesso (*interdictum recuperandae possessionis*).

A. Quant'è alla regola, che il possesso medesimo si trasmetta col *precarium*.

L. 4, §. 1, D. *de prec.* (5) « Meminisse « autem nos oportet, eum qui precario « habet, *etiam possidere* ».

B. Quant'è al potersi espressamente stipulare che la sola detenzione si debba trasmettere:

L. 10, pr. §. 1, D. *de poss.* (6) « Si quis « ante conduxit, postea precario rogavit, vi- « debitur decessisse a conductione... Idem « Pomponius bellissime tentat dicere, num-

(*Opp.* p. m. 834). — Valentia, *Ill. jur. tract.* lib. 1, tr. 2, cap. 11.

(1) *Arten der Sach.* §. 151.

(2) Schroeter, *Zeits.* di Linde, t. 2, ha tentato dare un'altra interpetrazione al possesso del creditor sopra pegno. Sintenis, *ibid.* t. 8, si è provato a confutarlo. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(3) Conf. L. 83, §. 4, D. *de usurp.* — L. 9, §. 9, D. *de reb. cred.*

(4) Tal non è l'avviso di tutti: Schroeter, *l. c.*; Bartels, *ibid.* t. 8; Sintenis, *ib.* t. 7, son di altro parere. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(5) Giacchè in questo caso, cioè quando il contrario non siasi espressamente stipulato, il *sequester* non altro fa, che amministrar l'altrui possesso.

(1) « Deposita (possessio) est » et non « deposita (res) est ». Il senso dunque di questa frase non è che il deposito non dà possesso alcuno fuor del caso di una *sequestratio;* ma che il deposito non dà possesso alcuno, eccetto se si tratti di un *sequester*, al quale il possesso sia espressamente trasferito (*deposita possessio*). Il *sequester*, infatti, non dev'esser possessore altrochè per eccezione; com'è detto non pur nel primo passo, ma eziandio in quelle parole del secondo: « nam *tum demum* sequester possidet ». — Il primo a dar questa spiegazione fu Duareno (*De sacr. eccl. min.* III, 10, Opp. p. m. 1567): ma pure egli senza necessità alcuna spiega le parole *deposita est* per *omissa est.* — La Glosa, su questi due frammenti, prende la regola per la eccezione, e viceversa.

(2) Duareno, sulla L. 10, D. *de poss.* (*Opp.* p. m. 869). — Schroeter e Bartels han prodotta una opinione differente in questo particolare dalla nostra. *V. Zeits* di Linde, t. 2, p. 263, t. 6, p. 179. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(3) Questo punto è anco men dubbio per la opinione, da noi già rigettata, di quegli antichi giureconsulti, i quali concedevano il possesso tanto al *rogatus*, quanto al *rogans*.

(4) L. 13, §. 7, D. *de poss.*

(5) Conf. L. 22, pr. D. *eod.*

(6) Conf. L. 6, §. 2, D. *de prec.*

« quid qui conduxerit quidem praedium, « precario autem rogavit, non *ut possideret*, « *sed ut in possessione esset* (1)? . . . quod si « factum est, utrumque procedit ».

Vero è che anche in quest' ultimo caso si perde il possesso, allorchè il *rogans* è nello stesso tempo propietario della cosa; ma la perdita qui, parimente che nell' affitto, risulta unicamente da ciò, ch' effettivamente non havvi più *precarium*. Questa stessa proposizione però patisce eccezione allorquando il propietario, consapevole d' esser tale, contratta il *precarium* col possessore, nella intenzione di acquistare il costui possesso; perciocchè questo *precarium solius possessionis* non è da confondere col trasferimento del possesso giuridico mediante *precarium*, potendosi per mezzo di esso, come per mezzo di ogni altro precario, trasferire tanto il possesso giuridico quanto la nuda detenzione. — Il contratto di pegno offre una importante applicazione. Quando il debitore chiede precariamente (*rogat precario*) il pegno, la *rogatio* può validamente aver per obbietto il possesso giuridico del creditore (2), ed allora il possesso prescrittivo del debitore naturalmente continua, perocchè egli riceve più che non aveva (3); ma se il precario ha per obbietto la semplice detenzione, siccome lo scopo stesso dei contratto di pegno fa in questo caso presumere, sèguita a possedere il creditore (4).

§. 26. *Dell' acquisto del possesso per mezzo di un altro.*

Per metter fine al ragionamento dell' acquisizion del possesso, non resta ch' esaminare come lo si possa acquistare mediante atti interposti da altre persone; e stando ad una espressione della nozion del possesso in generale, già spiegata più sopra, noi potremo porre la quistione in questi termini: « Com' è egli possibile di acquistare mediante atti di altre persone la coscienza del poter fisico sopra una cosa »

Tutti i casi di questa specie di acquisizione, massime quello dei *constitutum possessorium*, sono ordinariamente considerati come un prendimento (*apprehensio*) fittizio: dal qual concetto qui, come da per tutto, discendono conseguenze pratiche di grandissimo momento. Nessuno può negare che questa acquisizione presenti alcun che di singolare: ma s' è trasandato d' investigare in che mai tale singolarità consistesse. Tutta la nostra quistione si riduce a tre punti: Che dee fare colui, per cui mezzo il possesso si acquista (il *rappresentante*)? Che dee fare il *possessor* medesimo, cioè l' acquistatore? Da ultimo, qual rapporto dev' essere infra 'i rappresentante ed il rappresentato? — Il primo e secondo punto poco o niente escono della regola di ogni acquisizione: ma così non è del terzo, dove incontriamo delle disposizioni giuridiche al tutto stranie agli altri due punti. Due esempi chiariranno tale distinzione. Secondo la opinione comune (1), gli atti illegali, come per esempio la violenza, fanno impossibile l' acquisto per mezzo di altri, perciocchè un atto illegale non merita il favore di una finzione: ma il vero è che il prendimento in questo caso, come in ogni altro, nulla contiene di giuridico. Il rapporto ch' è tra 'i rappresentante ed il possessore, ha certamente del giuridico: onde la nullità giuridica di siffatto rapporto può impedire l' acquisizion del possesso. — L' errore adunque de' nostri giureconsulti viene dal non profittar della lezione data da Giavoleno a Labeone (2), e dal confondere per conseguenza, come fa quest' ultimo, due cose al tutto diverse.

Pertanto, la prima cosa da determinare è l' atto del rappresentante. Ora è manifesto a prima vista, che questo rappresentante dee per lo meno fare altrettanto che s' egli volesse acquistare il possesso per se medesimo, cioè riunire il prendimento e la intenzione (*apprehensio et animus possidendi*): onde colui manca di volere, è incapace di acquistar per un altro (3). Ma l' *animus possidendi* ha nel nostro caso ciò di particolare, che il rappresentante dee volere acquistare il possesso propriamente pel rappresentato, affinchè questi possa realmente diventar posses-

(1) Nel primo caso trattavasi soltanto di *precario rogare*.
(2) L. 6, §. 4, D. *de prec.*
(3) L. 36, D. *de poss.* — L. 29, D. *de pign. act.* — L. 33, §. 6, D. de *usurpat.* (Questi tre passi sono tratti da' Digesti di Giuliano). — Quant' è alla L. 16, D. *de O. et A.*, copiata dalla medesima opera di Giuliano, ne ragioneremo appresso, a proposito di quel che si chiama *constitutum possessorium.*
(4) L. 33, §. 6, D. *de usurp.*

(1) Duareno, sulla L. 1, §. 13, *de poss.*
(2) L. 51, *de poss.*
(3) L. 1, §. 9, 10, *ib.*

sore: che s'egli invece volesse acquistare il possesso a se medesimo, o pure ad un terzo, così farebbe in effetto; salvo che particolari ostacoli, come per esempio la condizion di schiavo, non vi s'opponessero, perchè allora nessuno acquisto seguirebbe (1). — Questa regola è fuor d'ogni dubbio, e solo è soggetta ad eccezione nella *tradizione*; perciocchè qui l'intenzione del consegnatario (*tradens*) decide in favor di chi all'acquisto succeda, anche quando il rappresentante, contravvenendo al suo contratto, volesse acquistar per se medesimo o per un terzo (2). S'intende da sè, che la volontà del consegnatario non produce tale effetto se non come conseguenza immediata della tradizione, e che il rappresentante infedele può, ciò non ostante, acquistare il possesso per se medesimo: nel qual caso sono da applicar le regole relative alla perdita del possesso per mezzo di altri (§. 33).

In secondo luogo, è necessario che il rappresentato abbia egli stesso la volontà di acquistare il possesso: ondechè l'acquisto non può, senza la sua saputa, aver luogo (*ignoranti possessio non adquiritur*). — Questa proposizione potrebbe di leggieri esser frantesa, perciocchè la espressione *ignorantis possessio* può avere due sensi. Può essa primieramente significare il possesso di colui che non ha cognizione alcuna dell'atto, o che per conseguenza non può volere l'acquisizione: e questa ignoranza appunto è l'oggetto della nostra regola. Cosiffatta *ignorantis possessio* è impossibile; ma pure tale impossibilità ha tre eccezioni, nelle quali la detta ignoranza non impedisce nè il possesso in generale, nè la usucapione: ciò sono il peculio, l'acquisto fatto da' tutori, e quello fatto per le corporazioni (1). Ancora, si può per *ignorans* intender colui che, volendo acquistare il possesso d'una cosa, abbia di ciò dato mandato ad un altro, ma non sia peranco stato instruito della esecuzion dell'incarico, cioè a dire dell'effettivo prendimento: con la quale specie d'ignoranza, che non rende impossibile l'acquisto del possesso, ma soltanto impedisce la usucapione, la nostra regola non ha punto che fare. Colui che ha dato sì fatto mandato, comincia a possedere da quando il mandato sia adempiuto, ma non comincia ad usucapire, se non da quando egli di tale adempimento abbia notizia. — Di tutte le quali proposizioni non potremo fornire la pruova, se non dopo spiegato il terzo punto.

In terzo luogo, finalmente, è mestieri che esista un rapporto giuridico infra 'l rappresentante e l'acquistatore, perchè possa in tal modo ingenerarsi il possesso. Si può generalmente dire, all'acquisizion del possesso dover precedere un *ordine* ovvero un *mandato*, secondo che tra le due persone sia un rapporto di potestà giuridica (come tra pa-

---

(1) L. 1, §. 19, 20, D. *de poss.* « ... cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non « cum ea mente, ut operam duntaxat suam *acco-* « *modarent nobis; non possumus adquirere* ». Questa lezione, ricevuta da dieci MSS. di Parigi, da quelli di Metz e di Lovanio, dall'edizioni di Roma 1476, Nov. 1483, Ven. 1485, Lione 1509 e 1513, Parigi 1514; è da preporre evidentemente a quella di Firenze « *nobis non possunt adquirere* »: giacchè, non avendo il rappresentante ancora la *volontà*, non può disputarsi del suo *potere*. Aloandro legge: « *nobis accomodarent: non possunt acquirere* »; quasicchè il rappresentante non potesse diventare egli stesso possessore, com'è certo ch'ei può.

(2) Tanto è detto espressamente da Ulpiano nella L. 13, D. *de donat.*, la più chiara tra quelle appartenenti al nostro soggetto. Ma pare che i seguenti testi contraddicano:

a) Giuliano, L. 37, §. 6, D. *de adq. rer. dom.* — Ma nelle parole « *nihil agetur* » è sempre da sottintendere « *exihmente procuratoris* », conforme alla L. 13 citata, ov'è detto: « *nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit* ». (Wenck, *de trad.* p. 64). sicchè le parole « *nihil agetur* » equivalgono a « *id non agetur* ».

b) Lo stesso Ulpiano nella L. 43, §. 1, D. *de furtis.* — Ma in tutto questo luogo trattasi di un falso mandatario (*falsus procurator*), al quale non per altro si dà poi semplicemente del *procurator*, se non per amore di brevità. Non havvi dunque rappresentazione alcuna, e le parole « *non ejus nomine accepit* » valgono: ei l'ha ricevuto senza averne mandato.

c) L. 59, *D. de adq. rer. dom.* Const. 2, C. *de his qui a non dom.* — Ma qui il mandato medesimo avea per iscopo, che il mandatario comprasse la cosa in nome suo proprio, e per conseguenza ne acquistasse ancora la proprietà, la quale poi trasferisse nel mandante. — Del resto, vari modi di risolvere siffatta contraddizione sono stati tentati. Conf. la Glosa sulla L. 37, §. 6, *de adq. rer. dom.* — Duareno, sulla L. 1, §. 20, *de poss.* — Beyma: *Vor. dig. tit.* p. 330. — Valentia, *Ill. jur. tract.* lib. 1, tr. 2, c. 13. ed *Epist. exerc.* 9. (ibid.) — Betes, in Meerman, t. VII, p. 475.

(1) La regola è data da Paolo, *Rec. Sent.* V., 2, §. 1: « Possessionem adquirimus et animo et corpore: *animo utique nostro; corpore vel nostro, vel alieno* ». Conf. L. 3, §. 12, D. *de poss.* Quant'è alle eccezioni, le svilupperemo nel processo di questo §. — Paolo accorda egli stesso benissimo la eccezione de' peculii con la nostra regola. L. 1, §. 3; L. 5, §. 12, D. *de poss.*

dre e figliuolo, o tra padrone e schiavo), ovvero un rapporto libero.

4. Quant'è al primo rapporto, cioè di potestà dal possessore esercitata in sul rappresentante (1), nulla di particolare havvi in ciò, che i soggetti alla potestà nostra acquistino il possesso per noi, quandochè generalmente ogni dritto si può acquistare per mezzo de' propri schiavi e de' figliuoli sottoposti al proprio potere.

Il proprietario, il possessor di buona fede, e l'usufruttuario di uno schiavo, acquistano per suo mezzo il possesso. — Affinchè il proprietario possa acquistare in tal guisa, deve egli ad un tempo essere possessor dello schiavo: perchè se questo si trovi in possesso di qualche altro, o anche non sia posseduto da alcuno, il proprietario non può come tale acquistar possesso alcuno per mezzo dello schiavo; di modo che spessissimo allora non ha luogo acquisto alcuno nè di proprietà nè di possesso (2). Sèguita naturalmente, che non si può verun possesso acquistare per mezzo dello schiavo dato in pegno (3). — Il possessor di buona fede acquista in tal qualità il possesso, del pari che ogni altra cosa, per mezzo dello schiavo, solamente per quanto a lui venga dal lavoro di esso schiavo o pur dai beni suoi propri (4). Ma possessor di buona fede non si chiama, se non chi si creda egli stesso proprietario: e però, il creditor sopra pegno non può nulla acquistare per mezzo dello schiavo impegnatogli (5), contuttochè egli abbia lo schiavo in suo possesso, ed abbialo in modo legale, tantochè non si possa in lui negare la *bona fides* in un altro senso di questo termine. — L'usufruttuario acquista per mezzo dello schiavo, con le restrizioni medesime del possessore di buona fede (1). Ondechè noi qui ritroviamo il rapporto ordinario della proprietà con ogni *jus in re:* cioè, che in regola generale il proprietario è quello che acquista per mezzo dello schiavo usufruttuato, perchè egli seguita ad averne il possesso giuridico; ma ne' due casi eccettuati (2) lo schiavo non più per lui acquista il possesso, sì bene per l'usufruttuario.

Come il padrone per mezzo dello schiavo, così pure il padre per mezzo de' figliuoli acquista generalmente ogni dritto, e quindi altresì il possesso. Ma la sua acquisizione si fonda unicamente nella sua paterna potestà, non mica, siccome l'acquisto del padrone, su possesso ch' egli abbia dello stesso suo figliuolo, per essere siffatto possesso inconcepibile. Meno ancora è da parlare in questo caso o di usufrutto o di un rapporto simigliante al possesso di buona fede. Laonde, chi erroneamente credesse tenere un figliuolo in sua potestà, non potrebbe in modo alcuno acquistare per mezzo di quello (3).

I detti due casi della potestà giuridica son sottoposti ad una regola affatto particolare, allorchè l'acquisto del possesso provenga da un peculio; avvegnachè in tal caso il possesso si acquisti dal padrone o dal padre anche nescienti (4), e la stessa usucapione possa cominciare ad un tempo con il detto possesso (5). Poichè dunque non si tiene qui conto alcuno della volontà di colui, in beneficio del quale l'acquisto risulta, ma della sola esistenza reale di un peculio, sèguita che le persone generalmente prive di volontà possano pure a tal modo acquistare il possesso (6): anzi siffatto acquisto è anche pos-

(1) Cupero (*De nat. poss.* p. 52, 100) si occupa a lungo di questo caso, e discende a molti particolari.

(2) L. 21, pr.; L. 54, §. 4, D. *de adq. rer. dom.* — L. 1, §. 6, D. *de poss.* Quant'è allo schiavo fuggitivo, noi non restiamo di averlo nel nostro possesso e di acquistar per suo mezzo, fintantoch' egli non passi in altrui possesso, o ch' egli stesso non credasi libero. L. 1, §. 14; L. 50, §. 1, D. *de poss.* Le parole « *quem non possidet* », usate dalla L. 54, §. 4, *de adq. rer. dom.*, si riferiscono a due eccezioni: e la *possessio*, di cui parla la L. 15, D. *de publio. in rem act.*, è evidentemente la detenzione naturale. — La *libertatis possessio* esclude naturalmente la *servi possessio*, ma il *liberale judicium* no, perchè allora *l'acquisitio per servum* sta sospesa, del pari che la *servi possessio* medesima. L. 3, §. 10, D. *de poss.* — L. 25, §. 2, D. *de lib. causa.*

(3) L. 1, §. 15, D. *de poss.*

(4) Caio, II, §. 91. — L. 1, §. 6, D. *de poss.* — L. 21, pr. D. *de adq. rer.*

(5) L. 1, §. 15, D. *de poss.*

(1) L. 1, §. 8; L. 49, pr. D. *de poss.* — (Agg. alla 4.ª ediz.) Pure questo modo di acquistare era contraddetto, adducendosi che lo schiavo medesimo non è posseduto dall'usufruttuario. Caio, II, 94, non dà la sua sentenza. I luoghi delle Pandette da noi citati risguardano manifestamente a tale controversia.

(2) Cioè, come pocanzi è detto del possessor di buona fede, il lavoro dello schiavo ed il prodotto degli stessi beni dell'usufruttuario. (*Trad.*)

(3) L. 50, pr. D. *de poss.*

(4) L. 1, §. 5, *ib.* — L. 4, *ib.* — L. 44, §. 1; L. 24; L. 3, §. 12, *ib.*

(5) L. 1, §. 5, *de poss.* — L. 31, §. 3, 47, *de usurp.*

(6) Per esempio, un piccol fanciullo, un men-

sibile per conto di un prigioniero di guerra (1), non ostante che in tale acquistator del possesso manchi, non che l'*animus possidendi*, la stessa qualità di persona (2).

Oltre alla potestà giuridica del padrone e del padre, l'antico dritto riconosceva ancora altre due sorte di potestà, la *manus* ed il *mancipium:* ma era soggetto di quistione, se per queste parimente si potesse acquistare il possesso, perciocchè tali potestà non davano il possesso della persona dipendente (3). Par veramente strano che simigliante dubbio sia sorto soltanto per rispetto alle dette due maniere di potestà ed allo schiavo usufruttuato, quandochè lo stesso avrebbe dovuto essere per rispetto alla potestà paterna, nè men la quale attribuisce al padre il possesso del figliuolo.

B. In secondo luogo abbiam detto, il rapporto infra l'acquistator del possesso ed il suo rappresentante poter essere libero. — La regola veramente è che fuori de'due rapporti di potestà giuridica testè discorsi, non si possa alcun dritto acquistare per gli atti di un altro: ma tal regola risguarda soltanto (almeno pel tempo de'giureconsulti classici) le acquisizioni di ragion civile, non punto quelle di ragion naturale, dei quai numero appunto è il possesso. Perlochè, noi possiamo acquistare il possesso per opera di tal rappresentante, nel quale nessuna potestà giuridica abbiamo; e così parimente la proprietà, quando l'acquisto di questa tien dietro al possesso, cioè ha luogo per via di tradizione ovvero di occupazione (4).

Ma questo libero rapporto in che dev'egli consistere? Rispondiamo, nel *mandato* di acquistare il possesso: nè crediamo si possa questa regola esprimere con maggiore precisione. Conciosiachè tal mandato non è punto sottoposto alle condizioni ordinate per la validità degli atti giuridici in dritto civile: quindi, a modo di esempio, uno schiavo può validamente incaricarsene, purchè egli non sia *posseduto* da persona (1), perchè allora non essendo egli padrone de' suoi atti, non potrebbe con questi dare altrui potestà sopra una cosa; e parimente il pupillo è capace di rappresentare un altro nell' acquisto del possesso (2), contuttoch'egli non possa validamente fare alcun atto giuridico. Essendo però gli atti giuridici spesso volte nulli per tali motivi, ch'escludono la *volontà* del rappresentante medesimo, come per esempio a cagion di errore in cosa essenziale, cosiffatti motivi rendono egualmente impossibile l'acquisizion del possesso (3). — Ma d'altra parte, l'esistenza di un rapporto giuridico non contenente alcun espresso mandato, non è sufficiente a fare in tal modo acquistare il possesso. Così, per uno esempio, il locatore ha il possesso giuridico della cosa allogata: venendo egli a morire, il suo dritto di obbligazione risultante dalla locazione passa a'suoi eredi mediante l'accettazion della successione; ma il medesimo non è del possesso, all'acquisto del quale è necessario un atto, per cui l'affittaiuolo altresì diventi, in quanto al possesso, il rappresentante del nuovo locatore (4).

---

tecatto, una successione. — L. 1, §. 5, *de poss.* — L. 29, *de captivis.* — L. 16, D. *de O. et A.*

(1) Fra'più antichi giureconsulti romani la cosa era controversa. Nelle Pandette la regola è ammessa come fuor di ogni dubbio, senza pur distinguere se il possesso sia cominciato innanzi o dopo della prigionia: ondech'essa concerne così l'acquisto come la perdita. Morendo il prigioniero in man de'nemici, si applica la *Lex Cornelia;* tornando egli libero, ha luogo il *postliminium.* — L. 29; L. 22, §. 3, D. *de capt.* — L. 23, §. 3, D. *ex quib. causa maj.* — L. 44, §. 7, D. *de usurp.* — L. 12, §. 2, D. *de capt.* — L. 15, pr. D. *de usurp.*

(2) Perchè il romano preso da'nemici (*captus ab hostibus*), privato di tutti i dritti di libertà, di cittadinanza e di famiglia (*maximum capitis deminutionem passus*), era civilmente morto. (*Trad.*)

(3) Caio, II, §. 90. La prima volta che di tali rapporti abbiam fatto menzione, fu nella 4.ª edizione.

(4) Const. 1. C. *per quas pers.* — §. 5. J. *eod.* — Paolo, V, 2, §. 2. — L. 53, D. *de adq. rer. dom.* — L. 20, §. 2, *eod.* — Const. 8, C. *de poss.*

(1) L. 31, §. 2, D. *de usurp.* — L. 34, §. 2, D. *de poss.* — È fuori dubbio che per tal modo quel proprietario medesimo, il cui schiavo abbia il possesso della libertà, può acquistare per mezzo di lui. Segue di necessità, che anche il *bonae fidei possessor* possa acquistare il possesso per mezzo dello schiavo, quando l'acquisto non proviene *ex operis servi* ovvero *e re possessoris;* chè avvenendo l'acquisto in un di questi modi, non sarebbe soggetto a dubbio alcuno. Da ultimo, sembra che per eccezioni affatto speciali il possessor di mala fede e il creditor sopra pegno non possano acquistare per mezzo dello schiavo da essi posseduto. — L. 1, §§. 6 e 15, D. *de poss.*

(2) L. 32, pr. D. *de poss.* — Quel ch'è qui detto della continuazione del possesso, per opposto ad una obbligazione, dee di necessità applicarsi altresì al cominciamento di quello.

(3) Per esempio, quando il fittaiuolo o il creditor sopra pegno sieno ad un tempo proprietari della cosa.

(4) L. 30, §. 5, D. *de poss.* « Quod per colonum possideo, heres meus, *nisi ipse nactus possessionem*, non poterit possidere ». Merenda,

La massima, che gli uomini liberi possano altresì acquistare il possesso in nome di altri, probabilmente assai per tempo s' introdusse per la via della pratica forense:

1. L. 51, D. *de poss.* « ... *ait Habeo*... si « acervum lignorum emero, et eum venditor « me tollere jusserit; *simul atque custodiam* « *posuissem, traditus mihi videtur* » .... (1).

2. L. 41, D. *de usurp.* (Neratius, lib. 7, membr.) « ... quamvis per procuratorem possessionem apisci nos, jam fere conveniat « ... ».

3. L. 13, pr. D. *de adq. rer. dom.* (Neratius, lib. 6, reg.) « Si procurator rem mihi « emerit ex mandato meo, eique sit tradita « meo nomine; dominium mihi, id est pro- « prietas adquiritur, etiam ignoranti ».

4. Const. 1, C. *de poss.* (Impp. Severus et Antoninus.) « Per liberam personam ignoranti « quoque acquiri possessionem, et postquam « scientia intervenerit, usucapionis conditio- « nem inchoari posse, *tam ratione utilitatis* « *quam* juris pridem (2) receptum est ».

Questi testi provano evidentemente che al tempo del citato rescritto la regola era già ricevuta da lunga pezza (*pridem*), e che al tempo di Nerazio, ed anche fin da quello di Labeone, essa veniva già applicata: e pur ciò non ha impedito che parecchi giureconsulti pretendessero essere stata quella introdotta dal mentovato luogo del Codice. Al quale errore probabilmente han dato occasione Ulpiano e le Instituzioni (1): ma pure, in quanto ad Ulpiano, era ben naturale ch' ei citasse un rescritto del principe regnante, sebbene la disposizione in esso contenuta fosse già per innanzi osservata senza precetto espresso della legge; e quant'è al passo delle Instituzioni, originato per avventura dal testo di detto giureconsulto, nè pur esso dice che l'imperator Severo introducesse la regola, ma soltanto nola esser quella enunciata in una delle costituzioni di quel principe (2).

Eccoci ormai al punto di poter dalla nostra regola dedurre diverse conseguenze, le quali finora non abbiamo potuto altro che additare. — Quando il detto rapporto di rappresentazione realmente esiste, il possesso immediatamente s'acquista per il prendimento operato dal rappresentante, ancorchè l' acquistatore non abbia peranco avuta notizia alcuna della esecuzione del suo mandato; ed in questo senso può dirsi che *ignoranti adquiritur possessio.* Ma l' usucapione non comincia, se non dal momento che il mandante abbia cognizione dell'acquistato possesso (3). Alcuni autori hau preteso che almen quest'ultima disposizione sia una novità da Severo aggiunta all'antica regola; ma tale opinione è quasi ancor meno fondata di quella che a questo principe attribuisco la regola stessa.— Ma nel solo senso da noi detto può la *ignorantis possessio* aver luogo: in tutto il resto, colui, a pro del quale il mandatario acquista il possesso, dee di ciò avere scienza o volontà; anzi nel più de'casi la stessa rappresentazione non si può, senza tali condizioni, concepire. Sèguita, che un *negotiorum*

---

jur. contr. II. 32. — Cicerone par che dica il contrario (Pro Caecina, 32): ma le parole « *deinde ipse Caecina* » ch' e' giudica necessario di aggiugnere, mostrano non esser egli troppo certo di quella asserzione.

(1) Questo frammento è stato già da noi spiegato: qui non dobbiamo altro fare, ch'esaminare il *risultamento* dell'avviso di Labeone. Potrebbe veramente applicarsi la parola *custodia* ad uno schiavo; ma Giavoleno, che nella seguente parte del frammento tratta spezialmente tal caso, adopera espressamente la parola *mandato.*

(2) La Glosa, su questa legge, ha quando *pridem* e quando *prudentia.* La prima delle due lezioni è molto più probabile, perciocchè a *ratione utilitas* troppo più sensatamente si oppone *ratione juris* che non *juris prudentia:* ed in fatti, la *ratio juris* trovasi nella L. 53, D. *de adq. rer. dom.* (« quod *naturaliter* adquiritur, sicuti est possessio » rel.). — Ancora, è più facile immaginare che i copisti in *pridem* abbian visto un'abbreviatura di *jurisprudentia*, parola ad essi famigliarissima, che non è il supporre ch'eglino leggessero *pridem* in iscambio di *jurisprudentia. Pridem* è pure la lezione del MS. di Gottinga: al quale, veramente, sembra siasi fatta una correzione, ma questa è fatta di sorte, che niuna traccia rimane della lezione di prima. Finalmente, *pridem* leggono sette MSS. del Codice in Parigi, uno mio proprio, un vecchissimo di Fulda, uno di Monaco (n.° 22), uno di Vienna (n.° 16), e l'antico MS. della biblioteca di Bamberga (D. I, 2).

(1) L. 11, §. 6, D. *de pign. act.* « .... con- « stitutum est *ab imperatore nostro*, posse per li- « beram personam possessionem adquiri ». — §. 5, J. *per quas pers.* « ... per liberam personam, « veluti per procuratorem, placet non solum scien- « tibus, sed ignorantibus nobis adquiri possessio- « nem, *secundum Divi Severi constitutionem* ».

(2) (Agg. alla 4.ª ediz.) Se il §. 95 fosse a noi pervenuto intero nel 2.° libro di Caio, è probabile che ogni dubbio sarebbe tolto: nello stato presente, non giova a nulla.

(3) Const. 1, C. *de poss.* — §. 5, J. *per quas pers.* — L. 49, §. 2, D. *de poss.* — L. 47, D. *de usurp.* — L'eccezione della L. 41, *de usurp.*, concerne assai meno questa regola, che quella della *Lex Atinia* (L. 4, §. 6, D. *de usurp.*)

gestor può parimente procurarsi il possesso, ma questo comincia soltanto dal momento della ratificazione (*ratihabitio*) (1): ed altrettanto si dica del *procurator universorum bonorum*, il cui mandato non si estende a siffatto acquisto particolare:

1. Paolo, *Rec. Sent.* l. 5, tit. 2, §. 2: « Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis non potest. « Sed per procuratorem adquiri nobis *possessionem* posse, utilitatis causa receptum « est (2). Absente autem domino comparata « non aliter ei, quam si rata sit, quaeri- « tur (3) ».

2. L. 42, §. 1, D. *de poss.* « Procurator, « si quidem *mandante domino rem* emerit (4), « protinus illi adquirit possessionem: quod « si *sua sponte emerit*, non; nisi ratam ha- « buerit dominus emptionem ».

Con tutta la chiarezza di tali testi, parecchi giureconsulti han sostenuto la *ignorantis possessio* acquistata per mezzo di siffatto procuratore: e poichè del tutto si volea che Severo avesse introdotta qualche novità, gli si è addossata questa, interpetrando la sua costituzione come una giunta fatta all'antico dritto, mentrechè pure cosiffatta disposizione così manca nel dritto di poi, come in quello di prima.

Nulladimeno, la regola che la volontà dell'acquistator del possesso è necessaria al suo acquisto, soffre eccezione ancora in due casi dell'acquisizion del possesso per mezzo di persone libere:

1.° Le persone giuridiche, sebbene incapaci di cognizione ed intenzione immediata, possono nonpertanto acquistare il possesso per l'intermezzo di libere persone. Questo principio trovasi espresso in quanto a' municipii (1): e standochè un'altra legge pareggia l'acquisizione delle altre corporazioni a quella delle città (2), pare a noi che lo stesso principio debba applicarsi a tutte le persone morali.

2.° Le persone sottoposte a tutela, o altrimenti prive di volontà, possono acquistare il possesso per atto de'loro tutori o governatori; dunque altresì per l'intermezzo di libere persone (3).

L'acquisto fatto dal tutore a nome del pupillo ci è già servito più sopra a spiegare due passi, ne' quali si ammette l'autorizzazione del tutore (*auctoritas tutoris*) come sufficiente per acquistare il possesso. Vari autori hanno franteso questi testi a segno di negar fino l'acquisizione *per tutorem* (4), alla qual pure nè per questi nè per alcun altro testo si può contraddire (5).

Del resto, è chiaro da per sè che la facoltà di farsi rappresentare può passare con tutte le sue conseguenze da una persona ad un'altra. Così, quando Tizio commette a Caio di acquistargli un possesso, nulla rileva se Caio esegua il mandato egli stesso, o se lo faccia eseguir da Sempronio: in ambo i casi, Tizio diventa possessore. (Agg. alla 6. ediz.).

§. 27. Del *constitutum possessorium*.

Della regola che un semplice mandato, senza intervento di potestà giuridica, basti per fondamento all'acquisizion del possesso per opera altrui, ci resta ancora ad esporre un'altra applicazione, la quale ha dato a'nostri giureconsulti travaglio maggiore della regola stessa. Colui che generalmente è capace di acquistarci il possesso per suo mezzo, non perde tal capacità quando si tratti di cosa ch'egli stesso abbia nel suo possesso giuridico. Sembraci nondimeno evidente di do-

---

(1) L. 24, D. *de neg. gest.* La retroattività che in materia di maneggio di negozi ha luogo per tutti gli atti realmente giuridici, non ha luogo in quanto al possesso.

(2) Cioè a dire: ma si è fatta a questa regola una eccezione pel possesso.

(3) L'espressione *procurator* ammetteva due significati: perciò Paolo ricorda che si tratta di un rappresentante in quanto a questo solo possesso, e non punto di un *procurator bonorum* nominato per tutto il tempo dell'assenza, il qual volesse, durante tale assenza, acquistare un possesso in nome dei suo mandante.

(4) Cioè a dire: s'egli aveva mandato per acquistare *un dato possesso*: « il qual mandato ordinariamente comprende tanto il contratto di compera, quanto l'acquisizione del possesso o della proprietà». Sicchè la distinzione è qui la stessa, che nel caso precedente.

(1) L. 1, §. 22; L. 2, D. *de poss.*

(2) L. 7, §. 3, D. *ad exhib.*

(3) L. 13, §. 1, D. *de adq. rer. dom.* — L. 1, §. 20, D. *de poss.* — L. 11, §. 6, D. *de pign. act.* — Egli è evidente che la Const. 26, C. *de don.* è un supplemento a questa regola: infatti, nel caso in essa preveduto, è detto che il pupillo, il cui tutore sia impedito, debba in quel mentre aver facoltà di acquistare il possesso per mezzo di schiavi (L. 2, C. Th. *de don.*).

(4) Principalmente, l'espressioni finali della Const. 3, C. *de poss.*

(5) Vedi qui la nota 3.

vere in tal caso, lasciando stare la sostanza della regola, modificarne un poco l'applicazione. Perciocchè, avendo già prima avuto luogo il prendimento (*apprehensio*), non deve questo esser ripetuto, e tutto l'atto è da considerarsi come il riverso d'una *brevi manu traditio:* cioè che, come in questa sorta di tradizione chi detiene, ma non possiede, può mediante il solo *animus possidendi*, senza interporre alcun novello atto, acquistare il pieno possesso, così pure chi viceversa possiede, ma non detiene, dà con la semplice volontà compimento al suo possesso, ed il pieno suo dritto è di presente trasmesso ad un'altra persona. — Questo modo di trasferire il possesso è da' nostri giureconsulti chiamato *constitutum possessorium*. Il qual termine veramente non s'incontra presso i romani, ma ben vi si trova la cosa: nè questa sarebbe men certa, quand'anche nessuna parola ne facesse il dritto romano.

La proposizione da noi stabilita trovasi proclamata in tutta la generalità da noi tribuitale, e come una semplice applicazione di principii notissimi, nel seguente luogo:

L. 18, pr. D. *de poss.* « Quod meo nomi-
« ne possides, possum alieno nomine possi-
« dere: nec enim muto mihi causam posses-
« sionis, sed desino possidere, et alium pos-
« sessorem ministerio meo facio: nec idem
« est, possidere, et alieno nomine possidere.
« Nam possidet, cujus nomine possidetur.
« Procurator alienae possessioni praestat mi-
« nisterium ».

Può dunque siffatto acquisto del possesso operarsi per effetto di una convenzione, e senz'atto corporale esercitato in sulla cosa medesima: e nonpertanto un passo notissimo contrappone la nuda convenzione alla tradizione, dichiarando che questa, e non quella, trasferisce la proprietà (1). — La qual circostanza c'induce a determinare il *constitutum* con esattezza anco maggiore. Il contratto producente la traslazione della proprietà, per esempio la vendita, differisce molto dal *constitutum:* questo richiede che il possessore attuale diventi il rappresentante del suo successore nel possesso; dovechè lo stesso non è di necessità nella vendita, ma soltanto le si potrebbe aggiungere o con espressa stipulazione, o tacitamente per effetto di altre clausole. Quando fu convenuto espressamente che il possessore attuale non sarà più che amministratore dell'altrui possesso, l'esistenza del *constitutum* è indubitabile: ma questo caso è rarissimo. Da tal convenzione in fuori, il *constitutum* può solamente ammettersi là dov'egli sia conseguenza necessaria di altri atti (1).

In primo luogo adunque, il *constitutum possessorium* non è ch'eccezione alla regola. — Già più sopra ci è occorsa un'applicazione di questa proposizione:, cioè che chi compri delle botti di vino e ad esse ponga suo marchio, non per questo è fatto possessore e proprietario di quelle (2). Ora è chiaro ch'egli non ne ha nè pur la detenzione naturale, fintantochè le botti sieno in cantina del venditore; ma non è manco certo che costui gliene potrebbe trasferire il possesso mediante un semplice *constitutum:* ed appunto perchè questo generalmente non si presume, noi del tutto negammo in tal caso il trasferimento del possesso. — Il seguente luogo contiene una seconda applicazione della proposizione medesima:

L. 48, D. *de poss.* « Praedia cum servis
« donavit, eorumque se tradidisse possessio-
« nem liberis declaravit: si vel unus ex ser-
« vis, qui simul cum praediis donatus est,
« ad eum, qui donum accepit, pervenit,
« mox in praedia remissus est; per servum
« praediorum possessionem quaesitam cete-
« rorumque servorum constabit. » — Il donatore avea scritto in una lettera « esser sua intenzion di fare, mediante questa sua, la tradizion del podere e degli schiavi ». Come mai tal disposizione è da interpetrare? È forse in questo senso, che il donatore debba dal momento di così fatta dichiarazione esser considerato siccome *procurator alienae possessionis?* No, perchè il *constitutum* non si presume. Gli è dunque soltanto una licenza al donatario data di prendere egli stesso possesso ad ogni ora che voglia (*missio in possessionem*): al quale suo atto nulla mancherà, atteso il consenso già prima dato dal do-

(1) Const. 20, C. *de pactis:* « *Traditionibus* et « usucapionibus dominia rerum, *non nudis pactis* « transferuntur ».

(1) Ma quando le condizioni essenziali al *constitutum* vi sono, nulla monta se il possessore attuale abbia la detenzione egli stesso, o pur la lasci procurare da un altro. Pertanto, allorchè il possessor d'una casa l'abbia appigionata, può nondimeno trasferirmene il possesso per mezzo di un *constitutum*, nè più nè meno che s'egli medesimo l'abitasse, perciocchè la rappresentazione può avere più gradi (§. 26). Conf. §. 33. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(2) L. 1, §. 2, D. *de peric. et comm. rei vend.*

nalore alla tradizione, ma solo *con tale atto* il nuovo possesso principierà.

In secondo luogo, il *constitutum possessorium* dev'essere ammesso allorchè la sua esistenza è consegnenza necessaria di un altro atto. — Le seguenti applicazioni dichiareranno e raffermeranno tal proposizione.

A. Colui che, facendo donazione di una cosa, nello stesso tempo la prenda a fitto, non dispone espressamente del possesso; ma sua intenzione è che un affitto abbia luogo tra esso ed il donatario, e tal contratto di necessità suppone che il secondo abbia il possesso della cosa, ed il primo ne ritenga l'amministrazione: perlochè il *constitutum* ha qui realmente trasferito il possesso (1).

B. Il medesimo è dell'usufrutto: ondechè il donatore o venditor di una cosa, il quale si riserbi l'usufrutto di quella, ha realmente trasferito, mediante il *constitutum*, il possesso e la proprietà, ed al pari d'ogni usufruttuario egli è quindi innanzi amministratore dell'altrui possesso (2).

C. Quando una cosa è l'obbietto d'un contratto di pegno, e che nello stesso tempo sia lasciato *precario* al debitore l'uso di quella, il creditore ne acquista parimente il possesso, mediante un semplice *constitutum* (3). Il complesso di questo atto giuridico ha molta analogia con un semplice *pactum hypothecae*, nè si può l'una qualità dall'altra distinguere, se non considerando il caso in particolare: ma quando sia fuori di dubbio che non un patto d'ipoteca s'è voluto fare, ma si un contratto di pegno accompagnato da *precarium*, il trasferimento del possesso per via di *constitutum* è una consegnenza immediata, nè di alcun'altra pruova ha bisogno.

D. In fatto di società universale (*societas universorum bonorum*), la tradizione delle singole cose si reputa seguita dacchè il contratto è conchiuso (4): il che parimente non può succedere senza *constitutum*. La ragione probabilmente n'è, che la moltitudine delle cose rendendo la tradizion reale difficilissima, e perciò molto rara, ha ordinariamente luogo e vuol esser presunto quell'atto che solo può tener vece di vera tradizione, il quale appunto è il *constitutum*.

I nostri giureconsulti sono maisempre stati alienissimi da questo così semplice concetto del romano diritto, il quale nè pur riputava necessario di dare a tale instituzione giuridica un proprio nome. Il *constitutum* è lor sembrato ognora alcun che di molto strano, una delle più singolari finzioni occorrenti nell'acquisto del possesso: e molti tra loro si sono accordati a dichiarare che l'applicazion generale del *constitutum* era un trovato dei praticoni. Essi adunque nella teoria lo considerano soltanto come una eccezione, e lo ammettono divisatamente in quei casi, nei quali i giureconsulti romani, volendo spiegar l'applicazione della loro regola, si sono abbattuti a ragionarne (1).

§. 28. *Risultamenti della presente sezione.*

Ci troviamo ora aver compiutamente esposta l'acquisizion del possesso; e si è potuto notare com'ella abbia regole sue proprie, che la differenziano dall'acquisizione di ogni altro diritto. In fatti, tutte le cause puramente giuridiche, le quali altrove danno o tolgono fondamento all'acquisto di un dritto, non hanno il medesimo effetto in quanto al possesso. Pertanto:

1.° Degli atti puramente giuridici, i quali non constituiscano nello stesso tempo un prendimento, non danno il possesso. — Consideriamo l'acquisto di una successione. Tutti quanti i dritti, compresi nel patrimonio del defunto e che non sieno puramente personali, passano senz'altro all'erede, eccetto il pos-

---

(1) L. 77, *de rei vind.*

(2) L. 28; L. 35, §. 5, C. *de don.* Questa proposizione, da nessun giureconsulto romano mai posta in dubbio, ricevette una eccezione dall'Imp. Teodosio in quanto alle donazioni, le quali generalmente presentano molte disposizioni particolari: ma quella eccezione poi fu levata. L. 8, 9, C. Th. *de don.*

(3) L. 15, §. 2, D. *qui sat. cog.* « Creditor, « qui pignus accepit, possessor non est, tametsi « possessionem habent, aut sibi traditam, *aut pre-* « *cario debitori concessam* ».

(4) L. 1, §. 1; L. 2, D. *pro socio.*

(1) Azone, parlando del *constitutum* per usufrutto: « et est hoc unum mirabile mundi ». — L'opera più profonda intorno a questa materia, è quella di G. Muscow, *de const. poss.* Harderov. 1733: ma la opinione generale è pure il suo fondamento, e le condizioni particolari alla donazione lo sviano dal diritto cammino, e gli fanno prendere la regola per l'eccezione, e viceversa. — Taluni son trascorsi fino a negare qualunque *constitutum*: ma essi han riconosciuto la sostanza della cosa ne' particolari casi da loro trattati, studiandosi pure di darne altra spiegazione. — Gifanio, sulla L. 10, D. *de don.* — Schorch, *De const. poss. in LL. Rom. non fundato.* Erf. 1732. — Inutile del tutto è l'opera di Tiraquello, *De jure const. poss.* (*Opp.* t. IV, p. 135, ed Erf. 1574).

sesso, perciocchè l'adizione della eredità non porta seco in conto nessuno il prendimento delle singole cose componenti la successione (1): nè da tal regola è immune lo stesso *suus heres*(2). Diverse legislazioni moderne han molto assurdamente ordinato in contrario (3), probabilmente per istorta interpetrazione di un testo del dritto romano (4). — Il medesimo è della mancipazione. Quant'è alle cose mobili, si poteva certamente, anzi era necessario, procedervi in modo, che ne risultasse ad un tempo l'acquisizion del possesso: ma il simile non era in quanto agli immobili (5), la proprietà de' quali si trasmetteva senza il possesso, perciocchè mancava il prendimento, ed il *constitutum*, che avrebbe potuto supplirvi, non si presume.

2.° Sèguita parimente, che quando le condizioni dell'acquisizione esistono, il possesso non resti escluso da motivi giuridici di nullità. — Questa proposizione è stata sempre riconosciuta per generalmente vera, ma è stata ristretta con eccezioni comuni a tutti i casi del prendimento fittizio: tali eccezioni però non hanno fondamento alcuno, perchè nessun fittizio prendimento vi ha.

Stando adunque alla nostra regola, un atto illegale, e segnatamente la fisica violenza, può eziandio fare acquistare il possesso; e questo principio è fondamento di tante e sì note applicazioni, che il seguente testo non potrebbe pur metterlo in dubbio (1):

« Non *videtur possessionem adeptus* is, qui « ita nactus est, ut eam retinere non possit ».

Ne' termini usati dal giureconsulto, le parole *non videtur* non debbono esser vere se non per un particolare rispetto; perch' egli è certo che l'uomo ha da tenere, almeno momentaneamente, ciò ch' egli *ritenere non può*. Nè tale rispetto è difficile a trovare (2). La proprietà di cosa rubata o possednta per forza (*res furtiva*, *vi possessa*) non può acquistarsi mediante usucapione; e tale impossibilità non cessa, se non quando il proprietario abbia ricuperato il possesso. Ma questo medesimo possesso deve esser tale, che *possa* durare; cioè a dire, il modo del riacquisto dev' essere inoppugnabile (3). Perciocchè, se il proprietario s' impossessa da sè, mediante violenza, del suo fondo posseduto violentemente da un altro, o s' egli, mediante un *precarium* valido, rimette in proprio possesso la cosa rubatagli, la impossibilità dell' usucapione non cessa, perchè in ambo i casi il possesso del proprietario può essere oppugnato con gli interdetti.

Quanto è detto dell' acquisto violento, dee maggiormente applicarsi agli atti validi nella forma, sebbene invalidi per motivi giuridici. Così, la donazione infra coniugi nessun dritto trasferisce, salvo solo il possesso. Parimente, la tradizione fatta da un pazzo o da un pupillo non fa acquistar la proprietà, ma dà il possesso (4). Solo effetto di detti motivi giuridici è l'impedir la *successione* (5): ma la successione non ha generalmente rapporto alcuno con l'esistenza del possesso, epperò la impossibilità dell' una non dee portar seco la cessazione dell' altro.

---

(1) L. 23, pr. D. *de poss.* « Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem « jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi na« turaliter comprehensa ad nos non pertinet ». — L. 1, §. 15, D. *si is, qui test.* « Nec heredis « est possessio, antequam possideat: quia hereditas « in eum id tantum trasfundit, quod est heredi« tatis: non autem fuit possessio hereditatis ».

(2) Gifanio, *Lect. Alt.* p. 480. Questo punto, peraltro, è molto conteso.

(3) Tal è il senso della regola del dritto francese: *le mort saisit le vif.* (Tiraquello, nel suo trattato: *Le mort etc.* Opp. t. X.). Il medesimo è de' maioraschi in Ispagna. *Leges Tauri*, n.° 45. (Gomes, sulle *LL. Tauri*, p. 332, ed. Lugd. 1744). — Conf. C. A. Braun, *De poss. ipso jure in heredem transeunte.* Erl. 1744.

(4) L. 30, pr. D. *ex quib. caus. maj.* « Possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad here« dem ». Cuiacio, sulla L. 23, pr. D. *de poss.* (Opp. t. 8). — Questi frammenti son solamente relativi alla finzione in fatto di usucapione.

(5) Ulpiano, *Fragm.* tit. 19, §. 6: « Res mo« biles *non nisi praesentes* mancipari possunt. . . . « Immobiles autem etiam plures simul, et *quae di« versis locis sunt*, mancipari possunt ».

---

(1) L. 22, D. *de poss.* (Javolenus, lib. 13 ex Cassio.) — Cupero (P. 2, c. 23) sforza il testo e lo riferisce all' interdetto *Quod legatorum*, per questo che Giavoleno parla due volte degli interdetti nel libro medesimo (L. 5, D. *de tab. exhib.* — L. 198. D. de R. J.)· ma in due altri luoghi assai prossimi (lib. 15 ex Cassio) è pure ragionato del furto (L. 71, 73, D. *de furt.*)

(2) E fu in effetto trovato dalla Glosa su questo luogo.

(3) L. 4, §. 12, 26, D. *de usurp.* — L. 13, §. 2, D. *de V. S.*

(4) I motivi, che potrebbero far dubitare di questa proposizione, appartengono alla sezione seguente, trattandosi di sapere se in tal caso il pazzo ovvero il pupillo *perdano* il possesso. Certa cosa è, che se costoro lo perdono, il ricevente lo *acquista*.

(5) Intendi, la successione nel possesso; cioè, che il nuovo possessore continui il possesso medesimo del suo precessore. (*Trad.*)

SEZIONE TERZA

Della perdita del possesso

§. 29. *Regola per la perdita del possesso.*

Abbiamo nella seconda sezione trattato del cominciamento del possesso: determineremo ora in che modo egli finisca. La qual materia è chiaro che si riscontra del tutto con quella della *durata* del possesso, perciocchè ogni possesso dura insino a che non sia perduto. Se i nostri giureconsulti avessero profittato di questa tanto semplice osservazione già fatta da un de' più antichi chiosatori (1), essi avrebbero, non che risparmiata la fatica di un intero capitolo, schivate eziandio molte contraddizioni; avvegnachè spesso, parlando della perdita del possesso, dicano il contrario di quanto avevano affermato a proposito della continuazione di quello.

Egli è dunque da cercare la regola che dee reggere la continuazion del possesso e per conseguente la cessazione di esso. Ci proveremo a dedurre primieramente tal regola dalla nozion medesima del possesso, da noi già per ogni verso determinata nelle nostre investigazioni circa l'acquisto; tanto più, che abbiamo già indicato i rapporti ch'essa nozione ha con la continuazione e con la perdita del possesso.

Essendo il possesso un poter materiale concordante con la nostra coscienza, due cose erano necessarie al suo acquisto; un rapporto fisico (*corpus*), ed uno morale (*animus*). Altrettanto si richiede alla continuazion del possesso; la quale egualmente si fonda nel concorso de' due requisiti, e venendo questo a mancare (cioè quando o l'atto corporale, o l'*animus*, o tutt'e due cessino), diventa impossibile. Infatti, tutta la differenza che ammetter possiamo tra le condizioni dell'acquisto e quelle della continuazione, non può esser nel quale, ma solamente nel quanto, cioè a dire che ha da esservi un punto, nel quale ogni differenza sparisca (1). Questo punto sarebbe, per esempio, in quanto al rapporto fisico l'assoluta impossibilità di por mano nella cosa, e quanto al morale la deliberata volontà di non esser possessore: in ambidue questi casi è chiaro che nè cominciare può il possesso nè continuare, e che le condizioni dell'acquisto e quelle della continuazione son del tutto le stesse.

Le cose qui dette si riassumono nelle seguenti proposizioni:

1. La continuazion del possesso richiede il rapporto fisico, ed il morale.
2. La cessazione dell'uno, o di tutt'e due, porta con sè la perdita del possesso.
3. Questa regola è una immediata conseguenza del principio che regge l'acquisizion del possesso.

Vediamo ora le pruove storiche, in sulle quali questa regola si fonda: il punto, dal quale abbiam preso le mosse, ci sarà forse di aiuto in siffatta ricerca.

§. 30. *Continuazione.*

La regola da noi posta nel precedente paragrafo è confermata da tante applicazioni (2), e così rinfrancata da talune eccezioni, che già questo basterebbe a dare una compiuta pruova istorica della sua verità. Oltracciò, noi la troviamo espressamente enunciata in un frammento, di cui generalmente non si tiene alcun conto:

---

(1) Azone, *Summa Cod, tit. de poss.* « Cum enim « intitulatur de amittenda possessione, ergo de re« tinenda, vel quousque retineatur; tamdiu enim « retinetur, quamdiu non amittitur ». — La Glossa, sulla rubr. del Dig. tit. *de poss:* nota: « quod hic dicit *amittenda*, sed Cod. eod. dicit *retinenda*, quod in idem recidit, quia contrariorum eadem est disciplina ». A questo proposito pare che i chiosatori posteriori ad Accursio, senza nè pure eccettuare Alciato, esaminino se la regola « *Contrariorum eadem est disciplina* » sia proprio vera da per tutto: per esempio, s'essa è vera in ragion canonica, feudale, eccetera.

(1) Ch'è quando le condizioni della continuazione con quelle dell'acquisto, come convengono nella qualità, così puro si riscontrino nella quantità. Ma d'ordinario, ci vuol meno a continuare che a cominciare; come si vedrà nelle sezioni 31 e 32. (*Trad.*)

(2) Noi indichiamo qui solamente una delle principali applicazioni. — L. 3, §. 13; L. 29, D. *de poss.* (Perdita del possesso pel solo fatto). — L. 3, §. 6; L. 17, §. 1, D. *de poss.* (Perdita del possesso pel solo *animus*).

L. 44, D. *de poss.* « . . . . ejus quidem, « quod corpore nostro teneremus, posses- « sionem amitti *vel* animo *vel* etiam corpo- « re . . . ».

Vero è che questo frammento tocca del nostro soggetto accidentalmente. Havvene un altro, il cui scopo evidentemente è di stabilire una regola generale pel caso da noi discorso; ma questa regola sembra contraddire alla nostra in ciò, ch'essa dichiara nè il solo atto corporale, nè il solo *animus* esser sufficiente a far perdere il possesso:

L. 153, D. *de R. J.* (1) « Fere, quibuscun- « que modis obligamur, hisdem (iisdem) in « contrarium actis liberamur: cum quibus « modis adquirimus, hisdem in contrarium « actis amittimus. *Ut igitur* (2) *nulla posses- « sio adquiri, nisi animo et corpore potest; ita « nulla amittitur: nisi in qua utrumque in « contrarium actum* (3) ».

La qualità del subbietto non lascia supporre che vi fosse stata controversia infra gli antichi giureconsulti: ed anche un'altra circostanza a tale idea si oppone, cioè l'esser questo passo tratto da Paolo, i cui scritti contengono le più decisive applicazioni della verace regola (4).

I più degli interpetri si argomentano di levar la difficoltà supponendo che tutto questo luogo risguardi ad un caso particolarmente eccettuato. Gli stabili, in effetto, non ostante la occupazione fattane da un altro, seguitano ad esser possedati, infino a tanto che il possessore non abbia di tal fatto notizia. Eglino adunque fanno la seguente distinzione: o il possesso si perde *solo animo*, ed allora nessuna difficoltà può occorrere, e la regola posta da Paolo è falsa; o il possesso si perde *solo corpore*, ed allora la regola è vera, ma per gli stabili solamente (5). — Ma tanto è chiaro che il giureconsulto si propone di stabilire una regola generale, che siffatta spiegazione non può scusarsi con alcuno dei motivi da lor mendicati (1).

Tutta la difficoltà sta chiaramente nella parola *utrumque*; parendo che la necessità della cessazione di *ambedue* le condizioni richieste per l'acquisto (*corpus ed animus*) sia in contraddizione con tutte le altre applicazioni. A noi dunque è d'uopo, innanzi tratto, diffinire il significato del vocabolo *uterque* (2).

Uterque si usa generalmente quando si voglia attribuire una qualità medesima a più soggetti, ovvero più qualità ad un soggetto medesimo: il che può essere a tre modi:

1) Designando un rapporto congiuntivo (*conjunctivus*), ed esprimendo che quanto, in qualunque sia caso, è detto dell'un soggetto, egualmente si applica all'altro: e questa è la significazione ordinaria della parola *uterque*.

2) Esprimendo un rapporto disgiuntivo (*disjunctivus*) ed indicando che il medesimo può essere indifferentemente attribuito all'uno o all'altro soggetto, ma non mai a tutti e due insieme: nel qual caso *uterque* assume il significato di *alteruter*.

3) Spesso il significato di questa voce, uscen-

---

(1) Diamo questo testo come solo, perchè la L. 8, D. *de poss.* n'è chiaramente un frammento: additeremo poco appresso quelli che tanto o quanto se ne discostano.

(2) La L. 8, D. *de poss.*, la quale di qui comincia, ha *quemadmodum* in luogo di *ut igitur*.

(3) L. 8, D. *de poss.* « *actum est* ».

(4) L. 3, §. 6, 13, D. *de poss.*

(5) Bulgaro e Placentino, sul tit. Dig. *de R. J. comm.* Colon. 1587. — Azone, *Summa Cod. tit. de poss.* n.° 15. — La Glosa, sulla L. 3, §. 6, e la L. 8, D. *de poss.* — Odofredo, sulla L. 3 cit. — Cuiacio, nelle note al §. 5, J. *de interd.* e ne' suoi *Paratit.* sul Cod. tit. *de poss.* — Gifanio, *Lect. Alt.* p. 420. — Merenda, *Controv.* L. 12, C. 24. — Cupero, *De poss.* 2, 36. — Bisogna non lasciarsi ingannare dal veder che Cupero ed altri cominciano con contraddire a questa spiegazione, perchè finiscono sempre con ricorrervi, salvo alcune modificazioni. — Romuleo (p. 18), che ammette la stessa opinione, aggiunge una notabile correzione fatta da altri giureconsulti ch'egli non nomina, i quali nella L. 8, D. *de poss.* a *quemadmodum* premettono un *non*.

(1) Cuiacio dà molto peso alla parola *fere*, la quale egli interpetra *il più spesso*, ovvero *quasi il più spesso* (*Opp.* IV, 625). Ma tal parola non è propriamente detta del possesso, e ad ogni modo non potrebbe gran differenza produrre. Gifanio e Cupero s'appigliano soprattutto alla inscrizione.

(2) Una sola spiegazione (ch'io sappia) tiene una via quasi somigliante alla nostra, modificando però il testo e leggendo *utrumcunque* (Trieseu, *De genuina poss. indole*; Jenae, 1725, §. 14): la qual correzione è pure assai meno forzata della spiegazione ordinaria. — La più ragionevole correzione sarebbe *utrunque*: con che verrebbesi a dire, nessun possesso esser perduto da chi non abbia *in qualsivoglia modo* fatto *in contrarium*, cioè contraffatto alle condizioni dell'acquisto designate immediatamente innanzi: ed ogni difficoltà sparirebbe (§. 29). Trovasi già questa correzione in Susc. *Animadv. etc.* È stato obbiettato che non si potevano le parole *actum est* usare in detto significato, senza espresso soggetto: ma Paolo (L. 5, D. *de her. vel act. vend.*) le usa appunto così. — Il vero intoppo di ogni correzione è che il testo si trova *due volte* nelle Pandette, e sempre letto ad un modo da tutti i manoscritti.

do de' detti limiti, denota che le cose affermate o negate concernono i soggetti del ragionamento, senza diffinire se tutti e due insieme, o l'uno di essi, cioè a dire se vogliasi indicare un rapporto congiuntivo o pur disgiuntivo, sia perchè non se ne sappia l'appunto, o perchè non se ne tenga conto. In tal significato si adopera spesso indifferentemente *uterque* ed *alteruter:* anzi vi sono casi, nei quali taluni si persuadono (sebbene in ciò vadano errati) che *uterque* denoti precisamente il rapporto disgiuntivo, contrapposto al congiuntivo, ed *alteruter* il congiuntivo contrapposto al disgiuntivo.

Uterque adunque sta per sinonimo di *alteruter* ne' seguenti testi (1):

Varrone, *De re rust.* I, 2, §. 14: « Quo« circa principes, qui *utrique* rei praeponun« tur vocabulis quoque sunt diversi, quod « unus vocatur villicus, alter magister pe« coris ».

Cicerone *de off.* III, 15: « *Uterque*, si ad « eloquendum venerit, non plus quam semel « eloquetur ».

Paolo, nella L. 10, §. 13, D. *de grad.* « Fra« ter quoque per *utrumque* parentem accipi« tur, id est, *aut* per matrem tantum, *aut* per « patrem, *aut per utrumque.* » (*Utrumque* è posto qui prima indeterminatamente, e poi per esprimere il rapporto congiuntivo).

Celso, nella L. 16, D. *de leg.* 2: « Si Ti« tio aut Sejo, utrique heres veliet, legatum « relictum est; heres, alteri dando, ab utro« que liberatur: si neutri dat, *uterque* pe« rinde petere potest, atque si ipsi soli le« gatum foret, nam ut stipulando duo rei « constitui possunt (2), ita et testamento po« testi id fieri. »

Giustiniano, nella const. 8, §. 5, C. *de bon. quae lib.* (1) « Ipsum autem filium... ale« re patri necesse est... et ab ipsis liberis « parentes, si inopia ex *utraque* parte ver« titur ».

Una costituzione di Alessandro Severo adopera la parola *unusquisque* nel medesimo significato: Const. 3, C. *de comm. div.* « ... cum « autem regionibus dividi commode aliquis « ager inter socios non potest, vel ex plu« ribus singuli; aestimatione justa facta, uni« cuique sociorum adjudicantur... ».

Finalmente, anche *alteruter* si trova nello stesso sentimento, oltre che in altri luoghi, in un passo di Ulpiano: L. 1. §. 3, D. *uti poss.* « .... aut convenit inter litigatores, uter « possessor sit, uter petitor, aut non convenit. « Si convenit, absolutum est... Sed si in« ter ipsos contendatur, uter possideat, quia « *alteruter* se magis possidere affirmat etc. ». Ch'è quanto dire, che s'essi contendono tra loro in ordine al possesso, è naturale che ciascuno (*uterque*) pretenda avervi miglior ragione (*se magis possidere*).

Or ecco qual è la connessione delle idee contenute nel frammento in quistione. È regola di dritto, che le obbligazioni si estinguano a quel modo medesimo che hanno avuto principio, cioè mediante i medesimi atti; cosicchè non si possono estinguere nè senza atto alcuno, nè con atto di altra sorte, come a dir con un patto in cambio di una quitanza. Il medesimo è del possesso: il quale, come per un determinato atto si acquista, cioè per duplice atto, fisico e morale, così non si perde che con l'effetto contrario, tanto nella parte fisica, quanto nella morale. Egli è dunque

---

(1) Tale significato di *uterque* trovasi già riconosciuto nella Glosa (sulla const. 8, §. 5, C. *de bon. quae lib.*); poi, nelle aggiunte a Brissonio (p. 1372, ed. Einnecio): ma un de' luoghi ivi allegati (L. 2, pr. D. *de eo, quod certo loco*) non prova niente, e nella L. 16, D. *de leg.* 2, quella parola manca del tutto.— Azo, *Brocardica* p. 199: « *Utrumque* id est *alterum*. C. *de bon. quae lib.* l. ult. « §. *ipse*; ff. *de contr. empt.* l. *sed Celsus*, §. *si fun*« *dum*; ff. *de pact.* l. *rescriptum*, §. *si pactum*; ff. *de* « *pign.* l. *si grege* §. 2 ».— Azo, Glosa sulla const. 8, §. 5, C. *de bon. quae lib.* (MS. parig. n.° 4519, concorde con quel del Cod. di Fulda), sulla parola *utraque:* « disjunctive id est ex hac vel ex « illa, non conjunctim: sic ff. de pactis rescri« ptum §. si pacto ff. de lib. et posth. Si ita et ita « ponitur unicuique disjunctive. S. comm. divid. « penult. A. ».

(2) Da siffatta comparazione con le obbligazioni stipulate, chiaramente risulta che l'azione intentata dall'uno de' detti legatari esclude il dritto dell'altro; ondechè se è indiffente qual de' due proceda in giudizio, non è però possibile che ambidue procedano ad un tempo.

(1) Questo passo è tanto formale, che Aloandro vi surroga *alterutra:* ma in qual manoscritto l'ha letto? La Glosa si studia di giustificar minutamente il particolare significato di *utraque* in questo luogo, senza ricordare alcuna variante; e chiaro è che gli editori posteriori o hanno ammesso la parola *alterutra* nel testo per rispetto di Aloandro, o l'hanno notata come una variante. Russard, per esempio, dice espresso che tutti i suoi MSS. hanno *utraque*. I nove MSS. di Parigi, da me esaminati sopra ciò, leggono pure *utraque*, alcuni con la chiosa interlineare *i. e. ex altera*, il che conferma la nostra lezione: e il medesimo fanno due MSS. di Vienna, due miei, e quello di Fulda.

evidente che qui la posa non è sopra *utrumque*, ma sopra *actum est*; e che il giureconsulto ha voluto dire, la perdita del possesso non poter succedere nè senza novello fatto, nè mediante un fatto di altra sorte, ma soltanto per quel medesimo che ne ha prodotto l'acquisto, e ciò così rispetto all'azion morale, come alla fisica. Vero è, che si sarebbe potuto dimandar di vantaggio, se ciò si avesse ad intendere congiuntivamente o pur disgiuntivamente; ma non trattandosi punto di tal circostanza nel nostro testo, è chiaro che la parola *uterque* è qui posta nel terzo dei significati sopraddetti, e che però il frammento lascia tal quistione indecisa (1).

Si potrebbe nondimeno contrastare la giustezza di questa interpetrazione, appoggiandosi alla intrinseca orditura del nostro frammento. Chiaro è, ch'ivi *comparasi* la perdita del possesso con l'acquisto (2): e poichè l'acquisto richiede il concorso dell'atto fisico e del morale, pare che l'uno e l'altro sia parimente richiesto per la perdita. Ma, lasciando anche stare che Paolo non vuol punto risolvere siffatta questione, il detto risultamento della comparazione ha luogo soltanto in apparenza. Che l'acquisizione richiegga ad un tempo il *corpus* e *l'animus*, ciò non altro significa se non che la coesistenza del *corpus* e dell'*animus* è la condizione dell'acquisizione: il perchè non si può far parallelo dell'acquisizione e della perdita, se non in quanto quest'ultima sia la conseguenza della cessazione di detta coesistenza. Ora tal coesistenza non cessa punto allorchè ameudue, cioè il *corpus* e *l'animus* non esistono più: ma ella cessa parimenti dacchè l'uno o l'altro di questi due elementi è scomparso.

Noi dunque abbiamo pure con la interpetrazione mostrato che la continuazion del possesso, parimente che l'acquisizione, dee fondarsi ad un tempo in sull'elemento fisico e in sul morale, ovvero (che si riduce al medesimo) che il possesso si perde così col solo *animus*, come col solo *corpus*. — Ora dichiareremo e determineremo meglio cotal regola mediante le sue applicazioni. E poichè la continuazion del possesso può, come l'acquisto, aver luogo eziandio per mezzo di altri, le nostre investigazioni si proporranno questi tre punti:

A. Il rapporto fisico, come prima condizione della continuazion del possesso (§. 31).

B. L'*animus*, come seconda condizione (§. 32).

C. Le modificazioni proprie di queste regole, allorchè il possesso sia continuato per mezzo di rappresentanti (§. 33).

§. 31. *Della perdita del possesso per cagione esterna, ossia per fatto.*

La prima condizione della continuazion del possesso consiste in un fisico rapporto con la cosa posseduta, il quale faccia possibile l'esercizio della nostra azione in su quella. Non è però necessario che tale possibilità sia immediata, attuale, siccome quando si tratta dell'acquisto del possesso, ma basta che dipenda dal solo voler del possessore (1); ondechè per tal rispetto non è perduto il possesso, se non quando l'azione della nostra volontà sia divenuta al tutto impossibile. — Noi applicheremo questa regola tanto alle cose mobili, quanto alle immobili. Taceremo, veramente, di que' casi, la cui perspicuità non abbisogna di schiarimento, come a dire della perdita del possesso per la morte o schiavitù (2) del possessore, pel deperimento fisico ovvero giuridico della cosa (3): ma in compenso tratteremo assai minutamente di altre applicazioni meno perspicue.

Il possesso di una cosa si perde, in primo luogo, quando un altro se ne impadro-

(1) Crediamo adunque esserci ingannati nelle due prime edizioni, nelle quali ammettevamo che il vocabolo *uterque* stava in questo passo per *alteruter*, e che una delle due cose bastasse a far perdere il possesso. Se così fosse, il troppo grande negligenza sarebbe da incolpar Paolo, il quale per esprimere il rapporto disgiuntivo avesse scelto il termine solito a designare appunto il congiuntivo contrapposto al disgiuntivo. — La nostra presente spiegazione era del resto già stata prodotta da Thibaut (*A. L. Z.* 1806, t. 2, p. 534), e da Hugo (*Gott. Anz.* 1804, p. 295; 1807, p. 1909).

(2) « ... *quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur* nulla possessio adquiri... potest: *ita* nulla amittitur ».

(1) L. 3, §. 13, D. *de poss.* « Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: idem *quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus* ». L'aver Nerva ammesso la regola per le sole cose mobili, ed anco da queste eccettuato gli schiavi, non impedisce ch'essa abbia a tenersi per generale: perciocchè si è già veduto che gli schiavi e gli stabili fanno *eccezione* in dritto romano; gli schiavi, inquantochè si possiede lo schiavo ancorchè scappato via; gli stabili, inquantochè non si perde il loro possesso, se non da chi ne abbia notizia.

(2) L. 30, §. 3, D. *de poss.*

(3) Quando la cosa cessa di essere in commercio, o quando ha luogo specificazione. L. 30, §. 3, 4, D. *de poss.*

nisca o a viva forza, o di soppiatto (1): nel qual caso la esclusione di quel potere che noi avevamo in sulla cosa, è fuori d'ogni dubbio. Nè punto rileva se l'occupator del possesso lo abbia effettivamente acquistato: onde allorchè, per esempio, l'altrui schiavo ruba la cosa senza comandamento del suo padrone, sebbene nè lo schiavo nè il padrone acquistino il possesso di quella (2), ciò non impedisce che il rubato lo perda, siantechè la fisica possibilità di disporre della cosa non è a lui manco tolta perciò che nessuno ne abbia il possesso. Altro è, senza dubbio, quando lo schiavo del possessore medesimo rubi la cosa (3): ma in questo caso la continuazion del nostro possesso dipende da ciò, che lo stesso rubatore, e per esso il bene rubato, sono da noi posseduti. — Può pure l'esercizio del nostro potere essere impossibilitato senza l'altrui fatto, allorquando il luogo, in cui sta la cosa, sia a noi inaccessibile (4) ovvero ignoto (5). Quest'ultimo punto però richiede una particolare osservazione: la qual è che chi ripone una cosa nella propria casa, ovvero asconde un tesoro in un campo, e poi non gli riesca di subito trovarlo, non per questo ne perde il possesso (6); perchè lo spediente preso per serbar la cosa

---

(1) L. 15, D. *de poss.* « Rem quae nobis *subre-* « *pta* est, perinde intelligimur desinere posside- « re, atque eam, quae *vi nobis erepta est* ».

(2) Perchè invano si cercherebbe il fondamento del possesso o nella volontà del padrone, o nella ragion di peculio (*peculiaris causa*). Conf. L. 24, D. *de poss.*

(3) L. 15, D. *de poss.* — *V.* §. 33.

(4) L. 13, pr. D. *de poss.* « ... cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti....dominium me retinere puto, *possessionem non puto* ». È chiaro da sè, che un passaggiero ostacolo, come a dir l'inondazione del campo posseduto, la distruzione di un ponte, non toglie il possesso.

(5) L. 25, pr. D. *de poss.* « Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit; desinimus possidere ». Conf. L. 3, §. 13, D. *de poss.*

(6) L. 3, §. 13, D. *de poss.* « ... Desinere a no- « bis possideri... *Dissimiliter atque si sub custo-* « *dia mea sit*, *nec inveniatur: quia praesentia* « *ejus sit*, *et tantum cessat interim diligens in-* « *quisitio* ». — L. 44, pr. D. *de poss.* « Pere- « gre profecturus, pecuniam in terra custodiae « causa condiderat: cum reversus locum thesauri « immemoria non repeteret... Dixi quoniam *cu-* « *stodiae causa* pecunia condita proponeretur, jus « possessionis ei, qui condidisset, *non videri pe-* « *remptum:* nec infirmitatem memoriae damnum « adferre possessionis, quam alius non invasit ».

(*custodia*) (1) fa certo il possessore di rinvenirla appresso. — Egli è dunque mestieri o che il possessore sappia precisamente dove sia la cosa, o ch'ei la serbi in modo particolare, ma la *custodia* non è una condizione indispensabile per la continuazion del possesso (2); tantochè se per esempio taluno dimenticasse una cosa in un bosco, e poi distintamente se ne ricordasse, non ne avrebbe punto perduto il possesso. Giasi in fatti il seguente testo:

L. 3, §. 13, D. *de poss.* « Nerva filius (3), « res mobiles... quatenus sub custodia no- « stra sint, hactenus possideri. Idem (4) qua- « tenus, si velimus, naturalem possessionem « nancisci possimus ». — Cioè, Nerva dice che la continuazion del possesso può aver luogo mediante la custodia, ma egli medesimo dice che continua egualmente quando il possessore è in grado di aver la detenzione naturale sittostoch'ei voglia. — Notate che chi serba la cosa in sua casa, ma non può rinvenirla di presente, non è a tal termine, che *si velit, naturalem possessionem nancisci possit;* nè di colui, che si ricordi in qual parte del bosco la sua cosa dee stare, si può dire che questa *sub custodia ejus est*. Queste due frasi adunque non sono poste l'una per dichiarnmento dell'altra (il che dee far respingere la lezione fiorentina *id est*), ma per contrario indicano due differenti modi di continuazion del possesso, siccome gli esempi soggiunti nel testo evidentemente dimostrano.

Ecco l'applicazione di siffatte regole al possesso degli animali:

A. Sono gli animali *dimestici* posseduti co-

---

(1) Tale, infatti, è il significato generale di *custodia*, e la differenza che in essa si nota, secondo ch'è relativa all'acquisto o alla perdita, sta soltanto nella sua strettezza.

(2) Non si può a quello, che qui diciamo, opporre la L. 47, D. *de poss.* « ... rerum mobi- « lium neglecta atque omissa custodia, quamvis « eas nullus alius invaserit, veteris possessionis « damnum inferre *consuevit:* idque Nerva filius « retulit ». Perciocchè il verbo *consuevit* non dinota una regola generale, ma solo il risultamento ordinario della *omissa custodia*, il quale da nessuno può esser negato. Del resto, Papiniano si appoggia a Nerva figlio, il cui parere sarà in breve esaminato.

(3) Scilicet, ait.

(4) Sc. ait, hactenus possideri. *Idem* è la lezione di tre MSS. di Parigi (n.i 4454, 4458, 4458 *a*) e dell'ediz. di Roma del 1476: il MS. fiorentino ha *id est;* ma la maggior parte de' MSS. e delle ediz. pongono l'abbreviatura *i.* Leggendo *item*, si darebbe pure un giusto senso al testo.

me tutte le altre cose mobili, val quanto dire che l'uomo cessa di possederli da quel punto che non li può più ritrovare (1).

B. Gli animali *selvatici* sono in nostro possesso fintantochè noi abbiam modo di poterli sempre pigliare (2). Pertanto, non ogni *custodia* è sufficiente: per esempio, colui che custodisce delle fiere in un parco o de' pesci in un lago, fa veramente opera di serbarli, ma non basta la sua volontà per dar loro di piglio in qualunque istante, potendovisi opporre di molti ostacoli; e quindi il possesso non è punto conservato. Diversamente è quando de' pesci siano tenuti in un vivaio, o qualunque altre bestie in un serbatoio, perchè si possono sempre pigliare (3).

---

(1) L. 3, §. 13, D. *de poss.* « ... pecus simul atque aberraverit.... desinere a nobis possideri ». — Principi al tutto simili reggevano il possesso degli schiavi: sola differenza era, che in quanto all' *animus revertendi* (L. 47. D. *de poss.*) erasi ordinato per lo schiavo fuggitivo un possesso fittizio (L. 15. §. 1, D. *de usurp.* L. 13. pr. L. 15. D. *de poss.*), e che il *liberale judicium* sospendeva il possesso.

(2) L. 3, §. 2; L. 5, pr. D. *de adq. rer. dom.* (§. 12, J. *de rer. div.*) « Quidquid autem eorum « ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, « donec nostra custodia coercetur; cum vero eva« serit custodiam nostram, et in naturalem liber« tatem se receperit, nostrum esse desinit, et rur« sus occupantis fit. — Naturalem autem liberta« tem recipere intelligitur, cum vel oculos nostros « effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut dif« ficilis sit ejus persecutio ». — È questo il solo caso, in cui la perdita del possesso porta con sè quella della proprietà, sicchè si può usare l'un termine per l'altro.

(3) L. 3, §. 14, 15, D. *de poss.* « Item feras « bestias, quas *vivariis* incluserimus, et pisces « quos in *piscinas* conjecerimus, a nobis possede» ri. Sed eos pisces, qui in *stagno* sint, aut feras « quae in *silvis circumseptis* vagantur, a nobis « non possideri... Aves autem possidemus, quas « *inclusas* habemus, etc. ». — Sembra evidente che qui la maggiore o minor distesa de' luoghi decida dell'esistenza del possesso; e già la Glosa ha così interpetrato. Una *silva circumsepta* può esser grande per modo, che vanamente vi si vada a caccia di una certa bestia rinchiusavi: della quale perciò, bench'ella stia nel chiuso, non si ha il possesso. Non è dunque punto necessario di leggere con Otomanno: *silvis non circumseptis* (*Obs.* VIII, 7): o di dire con Fleck, che il testo s'applica a tal ricinto che non impedisca alla bestia lo scappar via (*de poss.* 82); o pure diffinir con Sammet, che *silva circumsepta est, quae fines habet arcifinios* (Opusc. p. 162). Non so come parecchi autori possano appigliarsi alla lezione *evagantur;* mentrechè tutto il cangiamento da essa sperabile è attraversato dalle parole *in silvis.* « Net-

C. Gli animali *selvatici da natura, ma dimesticati per arte*, sono assomigliati a' domestici fintantochè serbano la consuetudine di ritornare al luogo, in cui il possessore li tiene (*donec animum i. e. consuetudinem revertendi habent*) (1).

Rispetto alle cose *immobili*, la perdita del possesso è sottoposta alle stesse regole. Noi dunque perdiamo il possesso di tali cose, sittostochè siamo impossibilitati ad esercitar sopra d'esse il nostro potere; e quindi continuiamo a possedere fintantochè il detto esercizio è possibile, sebbene questa possibilità non sia veramente richiesta nel grado medesimo che per l'acquisto del possesso.

Ogni atto adunque, il quale tolga al possessore la possibilità anzidetta, fa perdere il possesso d'un fondo. Tale atto può primieramente consistere nel trattare, entro lo stesso fondo, il possessore da schiavo, o anche rinserrarvelo (2): in secondo luogo, nel rendero impossibile la sua presenza nel fondo (3). Nel qual secondo caso, ch'è il più frequente, nulla monta se il turbatore voglia possedere egli stesso, ovvero restringersi a fare cessare l'altrui possesso col fine, per esempio, d'interrompere la cominciata usucapione (4). Più difficile è il definire se il possesso sia perduto, allorchè il possessore non iscacciato lasci il fondo per paura. Alcuni testi espressamente lo affermano.

L. 33, §. 2, D. *de usurp.* « Si dominus « fundi homines armatos venientes *extimue*« *rit* (5), atque ita profugerit, quamvis ne-

---

telbladt (*Diss. de vero sensu L. 3*, §. *14 de poss*. Stal. 1774) tratta di questo testo e de' suoi interpetri molto minutamente, ma poco felicemente.

(1) L. 4; L. 5, §. 4, 5, D. *de adq. rer. dom.* (§§. 14. 15, J. *de rer. div.*) — L. 3, §. 15, 16, D. *de poss.*

(2) L. 1, §. 47. D. *de vi:* « Quid dicturi es« semus, tractat, si aliquo possidente ego quoque « ingressus sum in possessionem, et non dejiciam « possessorem, sed vinctum opus facere cogam? « quatenus res, inquit, esset? Ego verius puto, « *eum quoque dejectum videri, qui illic vinctus* « *est* ». — Paolo, V, 6, §. 6: « Vi dejectus vi« detur et qui in praedio vi retinetur... ».

(3) Il termine tecnico di questo caso è *dejectio.* *V.* appresso, §. 40.

(4) L. 44, §. 22, D. *de usurp.*

(5) *Extimuerit* è congettura di Culaccio, fatta più probabile per la variante di Russard « *extimaverit* », non dovendosi togliere altro che l'*a.* La lezione ordinaria « *existimaverit* » non solo falsa il senso, ma presenta una costruzione viziosa; dovendo regolarmente dirsi *venire existimaverit*, non già *venientes.*

« mo eorum fundum ingressus fuerit, vi de-
« jectus videtur ».

L. 9, pr. D. *quod metus:* « . . . non videor
« vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed
« profugi. *Aliter atque si posteaquam ingressi*
« *sunt, tunc discessi* ».

Cicerone, *pro Caec.* 16: « . . . nsiiatum, cum
« ad vim faciendam venireinr, si quos ar-
« matos, quamvis procul, conspexissent . . .
« optime sponsionem facere possent, *in adver-*
« *sus edictum praetoris vis facta esset* ».

L. 3, §. 6, D. *de vi:* Si quis autem, vi-
« sis armatis *qui alibi tendebant* . . . profu-
gerit, *non videtur dejectus* ».

Altri testi, per contrario, pare che sosten-
gano la continuazion del possesso:

L. 9, pr. D. *quod metus:* « Denique trac-
« tat (Pomponius), si fundum meum dere-
« liquero *audito quod quis cum armis veniret*,
« an huic Edicto locus sit? et refert, La-
« beonem existimare, Edicto locum non es-
« se, *et unde vi interdictum* cessare: quoniam
« non videor vi dejectus, qui dejici non ex-
« pectavi, sed profugi ».

L. 1, §. 29, D. *de vi:* « Idem Labeo ait,
« eum qui metu turbae perterritus fugerit,
« (vi) videri dejectum. Sed Pomponius ait,
« vim sine corporali vi locum non habere.
« Ergo (1) etiam eum qui fugatus est su-
« perveníentibus quibusdam, *si illi vi occu-*
« *paverunt possessionem*, videri vi dejectum ».

L. 3, §. 7, D. *de vi.*

Paolo, V, 6, §. 4.

Vari autori han tentato levar via tale con-
traddizione, intendendo i primi testi come
risguardanti al pericolo presente, i secondi
a quello avvenire (2). Ma per quanto giusta
sia la distinzione in se medesima, non si
può rettamente applicare alla continuazion
del possesso, essendo vera soltanto per la
dejectio. In fatti, i testi della seconda classe
non parlano punto della continuazion reale
del possesso, ma solamente negano la *deje-*

(1) *Ergo* si ha in tre MSS. di Parigi, nel cod. di Rhediger, e nell' ediz. di Roma, 1476; Nov. 1483; Ven. 1485, 1494; Lugd. 1509, 1513; Par. 1514, 1536. — Il MS. fiorentino e molti altri leggono *ego*. — La Glosa dice: al. *ergo*, al. *ego*. — Leggendo *ego*, si fa Ulpiano mediatore infra Labeone e Pomponio: ma tra questi, com'è provato dal testo precedente, non era controversia alcuna, e solamente Pomponio vuol rettificare una incerta espressione di Labeone.

(2) Cujacio, sulla L. 9, pr. D. *quod met.* a sulla L. 23, §. 2, D. *de usurp.* (*Opp.* t. I.) — Cras, *Spec. jpz.* C. p. 23. — Anche noi avevamo, nella seconda edizione, seguitato questo avviso.

ctio e per consegnenza disdicono l'interdetto *de vi*, del pari che l'azione *quod metus causa*. Questo, e non altro, essi contengono: ma in ogni caso il possesso è perduto, se non *corpore*, almeno *animo* (1). — In tutti cotali casi, però, nulla monta in che modo la presenza nel fondo sia fatta impossibile; cioè tanto è se il possessore sia stato forzato ad uscirne, quanto s'egli sia stato impedito d' entrarvi (2).

D' altra parte, si conserva il possesso di un fondo, fintantochè si ha la possibilità di esercitar su questo la propria azione ad ogni ora che piaccia: nè punto è mestieri che il possessore sia sempre fisicamente presente, la qual cosa anzi nei più de' casi è al tutto impossibile (3). Importa moltissimo di considerar questa proposizione in quel medesimo aspetto che da principio, cioè come semplice conseguenza della regola generale della continuazion del possesso, e non punto come eccezione di quella: perciocchè solo a tal modo si può ben capire un allargamento di detta proposizione, il quale costituisce realmente una eccezione alla regola da noi già data in quanto alla perdita del possesso delle cose immobili.

Questa proposizione, che l'allontanamento del possessore dalla cosa non fa cessare il possesso, è stata da noi considerata come conseguenza d' un generale principio; attesochè, sebbene per l' assenza, la possibilità fisica di far della cosa il proprio volere di-

(1) Hufeland, *Neue Darst.* p. 157 e seg.

(2) L. 1, §. 24, D. *de vi:* « Si quis de agro suo, « vel de domo processisset nemine suorum relicto, « mox revertens, *prohibitus sit ingredi vel ipsum* « *praedium, vel si quis eum in medio itinere de-* « *tinuerit et ipse possederit* (cioè, il *detinere* de- « ve appunto avere ottenuto questo effetto) *vi de-* « *jectus videtur* ». Conf. L. 3, §. 8, D. *de vi.* — Paolo V, 6, §. 6.

(3) L. 3, §. 11, D. *de poss.* « Saltus hibernos « aestivosque animo possidemus, quamvis certis « temporibus eos relinquamus ». — L. 1, §. 25, D. *de vi:* « Quod vulgo dicitur aestivorum hiber- « norumque saltuum nos possessiones animo reti- « nere; id *exempli* causa didici Proculum dicere, « nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac « mente recedemus (recedimus), ut omisisse (amit- « tere) possessionem vellemus, idem est ». — I saltus *hiberni aestivique* sono grandi pascoli, nei quali si manda il bestiame o solo il verno, come nelle Maremme, o la sola state, come in sugli Appennini; e che perciò rimangono metà dell'anno abbandonati. — L. 67, D. *de leg.* 3. — Varrone, *De re rust.* I, 2, c. 1 (t. I, p. 220, *Script. rei rust.* ediz. Schneider).

venga meno immediata, non per questo è manco esistente. Quando adunque alla assenza altro si aggiunga, per cui realmente cessi la detta possibilità, allora bisognerebbe, per applicar la regola in tutta la sua generalità, pronunziare senza distinzione alcuna la perdita del possesso. Ma ne' casi appunto di tale specie, la regola riceve una restrizione notabile. Perciocchè, quando altri occupi in nostra assenza il fondo da noi posseduto, e possa con la violenza impedirci di rientrarvi, certo è che il poter fisico in sull'immobile non è a noi tolto meno, che se altri avesse rubato di casa nostra una cosa mobile; e nondimeno la legge vuole che il possesso del fondo continui infino a che il possessore assente abbia avuto notizia della seguita occupazione.

Prima di passare alla pruova della enunciata proposizione, noteremo alcuni altri punti indubitabili, se la proposizione medesima è vera.

A. Colui che occupa il fondo posseduto da uno assente, non ancora con questo sol fatto ne acquista il possesso giuridico (1).

B. Acciocchè il possesso de' fondi sia perduto per effetto degli *atti* di un altro (2), è indispensabile l'intervenzione dell'*animus* (3). Non vogliamo già dire che il possessore debba volontariamente ceder suo dritto, sì bene che la perdita reale del suo possesso non ha luogo, se non vi sia da sua parte mutamento d'intenzione: dovechè la regola generale della perdita del possesso non fa necessario tal mutamento, nè questo è punto richiesto per le cose mobili, alle quali essa regola in tutta sua purezza si applica. Di questa osservazione ci accadrà fare uso nel seguente paragrafo.

C. Non ha luogo possesso *clandestino* d'un fondo, allorchè colui, contro al quale si voglia tal possesso acquistare, egli stesso possegga: ma col termine di *clandestina possessio*, usato in tal caso, si denota soltanto quel principio di usurpazione che altri faccia, nascondendo a bello studio il prendimento a colui, ch'egli vuole spossessare (1). Quando adunque un fondo venga occupato in detto modo, la proposizione, di cui ora consideriamo le conseguenze, comprende più casi. La sola occupazione non dà possesso alcuno, e però nè pure il clandestino; ma quando il possessore abbia cognizione dell'occupazione, tre casi possono occorrere: o egli esercita il suo possesso respingendo l'occupatore, ed allora nè egli ha mai perduto, nè l'altro ha mai acquistato il possesso (2): o egli ha dovuto cedere alla violenza dell'occupatore, ed allora costui ha da quel momento il possesso, ma non clandestino, sì bene violento: o finalmente nè l'una cosa nè l'altra ha luogo, ch'è quando il possessore, tuttochè da paura non impedito, nessun atto fa per difesa del manomesso suo dritto, ed allora il possesso non è niente viziato (*non est vitiosa possessio*), poichè il novello possessore comincia a possedere di volontà di quel medesimo, il cui possesso è stato violato. Se non che, riferendosi la detta volontà al solo possesso, benissimo comporta l'intenzione di ricuperare il perduto per altra via, per esempio per via della vendicazione: e perciò il possesso, nel terzo caso, non materialmente (*corpore*) ma moralmente (*animo*) si perde.

Finora non altro abbiam fatto, che sviluppar le conseguenze della sopraddetta proposizione eccettuativa: ora è tempo di provar la proposizione medesima, dalla cui verità dipende quella delle conseguenze. Nè staremo contenti a dimostrare che i giureconsulti romani l'hanno ammessa, ma determineremo altresì, con la maggiore esattezza possibile, il tempo della sua introduzione.

I. Papiniano, Paolo ed Ulpiano trattano questa proposizione come una regola incontrastata:

L. 46, D. *de poss.* (Papin. lib. 23 qu.) « Quamvis saltus proposito possidendi fuerit

---

(1) Può dunque dirsi che l'antico termine tecnico « possessionem vacuam tradere » abbia qualche relazione con questa proposizione. È nondimeno possibile che avessero già usata la detta espressione prima d'introdurre nella teoria del possesso la positiva modificazione qui discorsa; e ciò col fine di escludere il possesso apparente, il quale potea trovar luogo nell'assenza del possessore, benchè nulla avesse impedito costui di liberamente esercitare il suo potere in sulla cosa.

(2) Perchè nessun mutamento di volontà è necessario quando per avvenimenti naturali, come a dir lo sboccamento di un fiume, l'obbietto del possesso sia tolto di mezzo.

(3) E ciò per qualsivoglia possesso, eccetto quello continuato per mezzo di rappresentanti, del qual caso particolare ragioneremo nel §. 35.

(1) *V.* §. 41.

(2) Al modo medesimo che nel caso della L. 17, D. *de vi*: « Qui possessionem vi ereptam vi in « ipso congressu recuperat, *in pristinam* causam « reverti potius quem vi possidere intelligendus « est ». In effetto adunque il possesso non è cessato un momento.

« alius ingressus, iamdiu priorem possidere,
« dirtum est, *quamdiu possessionem ab alio*
« *occupatam ignoraret* ».

L. 3, §. 7, 8, D. *de poss.* (Paolo, lib. 54 *ad ed.*) « Si animo solo possideas, *licet alius* « *in fundo sit, adhuc tamen possides*. Si quis « nuntiet, domum a latronibus occupatam, « et dominus *timore conterritus, noluerit ac-* « *cedere, amisisse eum possessionem placet* ».

L. 6, §. 1, D. *de poss.* (Ulpiano, lib. 70, *ad ed.*).

L. 71, D. *de poss.* (Paolo, lib. 54, *ad ed.*).

II. Celso, Nerazio e Pomponio fanno parimente menzione di questa proposizione, ma in modo da fare intravedere com'essa non fu a tempo loro ammessa in tutta la sua estensione, nè da tutti i giureconsulti (1).

L. 18, §. 3, 4, D. *de poss.* (Celso, lib. 23 Dig.) « Si dum in alia parte fundi sum, « alius quis clam animo possessoris intrave- « rit; non desisse illico possidere existiman- « dus sum, *facile expulsurus finibus, simul* « *atque sciero*. Rursus si cum magna vi in- « gressus est exercitus, *eam tantummodo par-* « *tem quam intraverit obtinet* (2) ».

L. 25, §. 2, D. *de poss.* (Pomp. lib. 23 ad Q. Mucium.) « Quod autem solo animo « possidemus, quaeritur, utrumne usque eo « possidemus, donec alius corpore ingressus « sit, ut potior sit illius corporalis posses- « sio? an vero, *quod quasi magis probatur*, « usque eo possideamus, donec revertentes « non (3) aliquis repellat: aut nos ita ani- « mo desinamus possidere, quod *suspicemur*

———

(1) Di Nerazio non altro abbiamo, che una molto vaga citazione di Paolo (L. 7, D. *de poss.*): onde ciò, che diciamo, si referisce agli altri due.

(2) Pertanto, la finzione della nostra proposizione eccettuativa conserva il possesso sol quando sia *probabile* che il turbato ributterebbe il turbatore; della qual restrizione Papiniano, Paolo ed Ulpiano non fiatano più. In ogni altro caso, se la finzione non conserva il possesso, fa questo almeno di particolare, che il possesso novello comprenda quella sola parte del fondo in cui realmente è stato posto piede. La circostanza dell'esser presente il possessore turbato, non è posta per altro, che per far meglio risaltare la possibilità di espellere il turbatore.

(3) *Donec non*, fintantochè non siamo stati respinti: *donec nos*, fintantochè noi siamo stati respinti. La prima lezione è del MS. florent., ammessa pure da Aloandro: molti MSS., citati da Gebauer, pongono la seconda, e così anche l'ediz. di Roma 1476 ed altre. Tutt'e due suonano il medesimo, atteso il doppio sentimento del vocabolo *donec*: e la trasposizione proposta da Brenkmann è affatto inutile.

« *repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in* « *possessionem? et (id) videtur utilius esse* ».

III. Avendo Labeone proposto proprio il contrario della proposizione nostra, Ulpiano lo emenda del tutto secondo la nostra regola:

L. 6, §. 1, D. *de poss.* (Ulp. lib. 70 *ad ed.*) — L. 7, D. *de poss.* (Paolo, lib. 54 *ad ed.*) (1). « Qui ad nundinas profectus, ne- « minem reliquerit, et dum ille a nundinis « redit, aliquis occupaverit possessionem, « *videri eum clam possidere, Labeo scribit* (2). « *Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas* « *abiit* (3) *Unde* (4) *si revertentem dominum* « *non admiserit, vi magis intelligitur* (5) *pos-* « *sidere, non clam* (6). — *Et si nolit in fun-* « *dum reverti, quod vim majorem vereatur,* « *amisisse possessionem videbitur* (7): et ita « Neratius quoque scribit ».

Ora sarà facile di presentare il ristretto di questo paragrafo, in modo che si paia la connessione delle diverse sue parti. Acciocchè il possesso continui, è mestieri la esi-

———

(1) È d'uopo combinare insieme questi due luoghi, perchè solo così il resultato accennato più sopra si rende evidente.

(2) Ed in ciò Labeone contraddice alla nostra proposizione.

(3) Di qui comincia Ulpiano a rettificare: nè la particella *ergo* fa contro a tale spiegazione; perchè l'avviso di Labeone non è respinto come erroneo, ma soltanto modificato secondo una regola posteriore. Poteva dunque ben dirsi: « questo nuovo modo si terrà ora in tutti quei casi, ne' quali erasi per addietro ammessa la *clandestina possessio* »: al quale uopo la particella *ergo* benissimo fa.

(4) *Unde* è la lezione delle prime tre edizioni di Venezia, delle prime tre di Lione e due di Parigi. — Il MS. flor. ha *verum*, e così tutti i MSS. parig.; ma è chiaro che il senso è illativo, non avversativo.

(5) *Intelligitur* leggono 5 MSS. di Parigi, e le più antiche edizioni. — Il MS. flor. ha *intellegi*: la qual lezione distrugge tutto il senso. In fatti, l'ultima frase allora appartiene anch'essa a Labeone; la frase *retinet ergo etc.* diventa una semplice parentesi di Ulpiano, e la variante *verum*, che abbiam veduto non potere star con la nostra lezione, si fa necessaria. Ma in tale caso non si può immaginare legame alcuno tra la sentenza di Labeone e la rettificazion di Ulpiano, massime chi raffronti il tutto con la molto ovvia regola, posta pure nel *principium* di questo passo, che *non ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est*.

(6) Cioè a dire, che l'usurpatore non avea possesso alcuno fino a quel momento, e che quindi innanzi il suo possesso è piuttosto violento che clandestino.

(7) Questo è un principio ulteriore, dedotto dalla regola di Ulpiano.

sienza incessante della *possibilità* di *riprodurre* l'immediato rapporio da noi posto per condiziono dell'acquisio, e quindi la coscienza del fisico potere in sulla cosa posseduta. La cessazione di della possibilità porta con se la perdita del possesso: ma da questa regola sono eccettuati gl'immobili, il possesso dei quali non è tolto dal fisico nonpotere, se non da quel punto che l'occupazione sia pervenuta a notizia del paziente.

§. 32. *Della perdita del possesso per la volontà.*

La seconda condizione richiesta alla continuazione del possesso è la *volontà* del possessore (*animus*), retta presso a poco dagli stessi principi del rapporto fisico, ch'è la prima condizione, da noi già discorsa.

Acciocchè dunque il possesso continui, bisogna in quanto all'*animus*, del pari che in quanto al *corpus*, che soltanto sussista la *possibilità* di *riprodurre* ad ogni istante la intenzione originaria; non essendo necessario, anzi non pur possibile, avere in ciascun degli istanti successivi all'acquisto la coscienza che il possesso realmente continui. Sèguita, che il possesso non è perduto quando il possessore non pensi per qualche tempo alla cosa, nè per conseguente al possesso di quella. Anzi vuolsi questa conseguenza estendere ancora a' casi in cui il possessore non fosse in grado di volere, come per esempio s'egli avesse perduta la ragione: percioccbè la impossibilità di volere il possesso di una determinata cosa essendo qui subbiettiva ed accidentale, nulla monta a' rapporti esistenti con ogni cosa posseduta, se il possessore abbia soltanto dimenticato il possesso, o sia del tutto uscito di cervello. Questa, del rimanente, non è che un'altra espressione della regola di sopra sviluppata; secondo la quale, a produrre la perdita del possesso pel solo *animus*, è d'uopo una novella intenzione opposta a quella richiesta per l'acquisto (*animus in contrarium actus*).

Perdesi dunque il possesso pel solo *animus* qualunque volta l'uomo *voglia rinunziare* al suo possesso (1): avvegnachè in tal momento la contraria direzione data al volere porta seco la impossibilità assoluta di riprodurre la originaria volontà, ed appunto siffatta impossibilità morale ha, del pari che la fisica, per conseguenza la perdita del possesso. Laonde allorchè colui che così perda suo possesso, voglia dipoi tornare a possedere, questo cambiamento di volontà al più dà luogo ad un nuovo prendimento, perchè del possesso di prima non è più da parlare.

Pertanto, dipendendo in questo caso la perdita del possesso non già dalla mancanza d'intenzione di possedere, ma sì da novella volontà, contraria all'*animus possidendi*, chiara cosa è che chi non possa aver volontà, non può perdere a questo modo il possesso, come nè pure acquistare il potrebbe (1). Non può dunque in detto modo perderlo il demente (2); nè parimente il pupillo, senza eccezione alcuna, in guisa che la particolar restriziono da noi ammessa per lo costui acquisto, non trova qui luogo (3). — Anco-

---

(1) L. 3, §. 6, D. *de poss.* « ... si in fundo sis, « et tamen nolis eum possidere: *protinus amittes* « *possessionem* ». — L. 17, §. 1, D. *de poss.* « ... « possessio autem recedit, *ut quisque constituit nolle possidere* ». — Conf. L. 30, §. 11; L. 347, pr. D. *de poss.*

(1) Le modificazioni, che questa proposizione riceve nel caso della rappresentazione, appartengono al §. seguente.

(2) Giosa, sulla L. 1, §. 3, D. *de poss.* « licet enim « desinat habere animum possidendi, non tamen « habet *animum non possidendi* ». — L. 27, D. *eod.*

(3) L. 29, D. *de poss.* « Possessionem pupillum « sine tutoris auctoritate amittere posse constat; « non ut *animo*, sed ut *corpore* desinat possidere: « quod est enim facti, potest amittere. Alia causa « est, si forte animo possessionem velit amittere: « *hoc enim non potest* ». Questo testo esprime con eguale chiarezza, da un lato che il possesso del pupillo può esser perduto per fatto esterno, e dall'altro che la perdita per sola volontà è impossibile. Senzachè, la prima di dette disposizioni è al tutto conforme a' generali principî: e il solo dubbio, che di ciò occorra, si fonda nella L. 11, D. *de adq. rer.* « Pupillus... *alienare*... nullam « rem potest, *et ne quidem possessionem quae est* « *naturalis* ». Ma *alienare possessionem* dinota quella perdita del possesso che dà al nuovo acquistatore la successione giuridica: la qual perdita qui non è possibile, perchè dipende dall'*animus* del possessore antecedente. Suppongasi dunque che un pupillo venda una cosa e ne faccia la tradizione: il compratore acquisterà veramente il possesso di quella, ma egli non riceverà nello stesso tratto ciò che oltre al possesso è mestieri a produrre la successione; e però non acquisterà l'*accessio possessionis*, nè quanto alla *civilis possessio* (cioè, *ad usucapionem*), nè quanto alla *naturalis possessio* (cioè, rispetto all'antico interdetto *utrubi*, al quale si riferiscono quelle parole del nostro testo: « ne quidem eam possessionem, *quae est naturalis* »). Simigliante distinzione della *omissio* e della *alienatio possessionis* s'incontra nella L. 4, §. 1, 2, D. *de alien. jud. mut.*; e noi abbiamo già veduto una simile applicazione in quel principio, che non può esservi donazione alcuna di possesso infra coniugi: « inter virum et uxorem nec pos-

ra, è nostro avviso che la detta incapacità comprenda un altro caso della perdita del possesso, conforme a quello della perdita volontaria, ma che non è da confondere con esso: cioè, quando si perde il possesso dei fondi occupati da un altro, sittosto che della occupazione hassi notizia. Tale notizia differisce di molto dal partito preso di non più possedere, perciocch' essa ammette tuttavia tre casi: ciò sono, la conservazion del possesso, la perdita per via di fatto, e la perdita per via di volontà. Ma la cognizion dell' avvenuto e la intenzione di non più possedere hanno comune ciò, ch' elleno sono egualmente impossibili in tutti i casi in cui l' uomo non possa aver coscienza degli atti suoi, tanto che i pupilli ed i matti non possono nè pur perdere il possesso d' un fondo pel fatto di altri (1): la qual pratica rassomiglianza ha ben potuto esser la cagione, perchè i romani giureconsulti abbiano designato i due differenti casi con un termine medesimo (2).

Abbiamo provato e dilucidato il principio, che il possesso si perda con la sola volontà: resta solo, che diciamo qualcosa dell' applicazione di esso. — E che applicabile esso sia quando il possessore espressamente dichiara il suo volere, nessun dubbio vi cade: ma somigliante dichiarazione molto raramente può decidere la quistione, perciocchè ne' pochi casi in cui si nettamente si opera, per esempio nella tradizione, la perdita ordinariamente ha già luogo per altra guisa, cioè a dire, *corpore* (§. 31). Nel caso adunque di non espressa intenzione, siccome in altri molti, è da ricorrer soprattutto alla interpetrazione di altri atti del possessore, dai quali si possa argomentare la sua volontà: della quale interpetrazione gli scritti de' giureconsulti romani ci hanno conservato parecchi esempi, i quali molto lume spandono su tutta la materia.

Sopra una interpetrazione di tal sorta si fonda ciò che chiamasi *constitutum possessorium.* Colui che vende una cosa, e nello stesso tempo la toglie in fitto, non muta punto il suo fisico rapporto con quella; e poich' egli nondimeno cessa di possedere, uopo è cercare il motivo di siffatta perdita in una determinazione della sua volontà. Abbiamo già esaminato più sopra (§. 27), quando si possa in generale tener per ferma la esistenza del *constitutum:* e sebbene sia vero che allora lo consideravamo come una causa dello acquisto, dovech' egli qui cagiona la perdita del possesso, non è men certo che le condizioni sue sono in ambo i casi le medesime.

Un secondo caso, in cui la detta interpetrazione s' incontra, appartiene alla *rei vindicatio*. È noto come per regola quest' azione debba esser diretta contro al possessore. Ora, se il possessor medesimo raddomanda la cosa, par ch' egli con ciò rinunzi al possesso, e che però, volendo egli dipoi ricorrere all' interdetto *uti possidetis*, questo gli s' abbia a negare. Pure il dritto ordina espressamente il contrario (1), ed il motivo n' è solamente la interpetrazione qui discorsa. In fatti, colui che raddomanda una cosa, mostra volerla avere, nè può dubitarsi ch' egli desidererebbe egualmente aver già quel possesso, che l' intrapreso processo deve assicurargli per sempre, se la qualità di possessore potesse unirsi con quella di attore nella vendicazione. Tale riunione in una stessa persona è ve-

sessionis *ulla donatio* est ». — La Giosa Interlineare dice alle parole: *quae est naturalis* (MS. Parigi, 4183): « amittere tamen eam poterit (civilem vero ne amittere quidem potest), nec sunt « contraria haec, cum sit aliud possessionem alie- « nare et aliud amittere ». Muret (Epp. III, 81; Opp. I, 647) intende anch' egli l' *alienatio* per la perdita risultante dall' *animus.* Cupero (P. 2, c. 38) suppone una contraddizione inesplicabile tra la L. 11, D. *de adq. rer.* e la L. 21, D. *de poss.*

(1) L. 29, D. *de poss.* — L. 27, *eod.* « Si is « qui animo possessionem saltus retineret, furere « coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus « possessionem amittere; *quia furiosus non potest* « desinere animo possidere ». — Cupero pretende fare una eccezione a questa regola per il caso che il pupillo, ovvero il matto venda ad un compratore di buona fede (L. 8, §. 15, 16, D. *pro emt.*): ma il testo da lui allegato ordina soltanto che l' *usucapione* cominci, in siffatto caso, contro la regola, sempre che siavi *possesso.* Ora, è regola che il possesso si trasmetta con l' atto mentovato da Cupero, e questo principio ha eccezione soltanto pe' poderi: alla quale eccezione appunto son relative le LL. 27 e 29 *de poss.*, nè la citata L. 2 dice punto che tale eccezione non si applichi alla vendita qui discorsa, perciocch' essa nulla dispone circa all' esistenza del possesso, ma sol determina la possibilità dell' usucapione, supposto che il possesso esista. — Quando anche la *dejectio* abbia luogo nella propria presenza del possessore impazzato, questi non perde suo possesso, perchè il pazzo è pareggiato all' assente.

(2) « *Animo* desinere possidere ».

(1) L. 12, §. 1, D. *de poss.* « ... non denegetur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem « vindicare: non enim videtur possessioni renun- « tiasse qui rem vindicavit ». Lasciamo parte di questa legge, perchè spiegabile soltanto nella sezione che segue.

ramente impossibile, ma ciò non basta a far necessariamente conchiudere una volontaria rinunzia al possesso, essendo ben possibile che il possessore ignori o il suo possesso (1), o il principio di dritto ostante alla detta unione (2): in ambidue quali casi essendo certo che il possessore non ha avuto intenzione di rinunziare al possesso, e non trovandosi nulla da lui fatto in contrario, sèguita che il possesso non sia punto perduto, e che il dritto all'interdetto *uti possidetis* ancora sussista.

In terzo luogo, la intenzione di rinunziare al possesso può anche risultare da una semplice omessione. Rispetto a' terreni, il godimento ha luogo soltanto in certi tempi dell'anno: or se, per esempio, il possessore per più anni alla fila tralasci di coltivare e usufruttare il suo campo, si può bene ammettere ch'egli abbia *voluto* rinunziare al possesso. In fatti, non è probabile ch'egli abbia dimenticato il suo possesso, ed è poi del tutto indifferente ch'egli vi abbia rinunziato a partito preso, o per semplice trascuranza, e mediante tal fatto che lo impossibiliti ad esercitare il suo possesso, come a dire un viaggio: quandochè in tutte tali ipotesi i *motivi* della sua determinazione son vari, ma la determinazione è la medesima, essendo la medesima sua volontà liberamente e con piena coscienza indirizzata a tale scopo, che rende l'esercizio del suo possesso impossibile, e quindi di necessità includendo la rinunzia di questo (3). Pertanto, supposto che il possessore abbia per alcun tempo tralasciato il godimento del suo campo, non per partito liberamente preso, ma per effetto di timore, non si potrebbe da ciò conchiudere determinazione alcuna di rinunziare al possesso, e questo continuerebbe (1). Anche meno è da dubitare della continuazion del possesso, allorchè il godimento della cosa abbia luogo a determinati intervalli: colui, che durante lo spazio in cui il godimento è sospeso, stia lontano della cosa, non intende punto con ciò dichiarare ch'egli ne rinunzia il possesso. Il che ci spiega perchè i giureconsulti romani là dove trattano del dritto particolare delle tenute in quanto alla conservazion del possesso, preferiscano quasi sempre per esempi i *saltus hiberni* ed *aestivi* (2).

§. 33. *Della conservazion del possesso per altrui mezzo.*

Il solo punto che ci resti da esaminare in quanto alla continuazion del possesso, è la rappresentazione, mediante la quale così può conservarsi il possesso, come acquistarsi.

Rispetto a tal modo di continuazione, ci sarà mestieri proporre gli stessi tre quesiti proposti nel ragionar dell'acquisto, mutandone solamente un poco l'ordine:

I. Quali sono le condizioni richieste nel possessore affinchè il possesso possa essergli conservato dal rappresentante, e come il possesso può egli aver fine per fatto del possessore, senza il concorso del rappresentante? — Prima di tutto, il mutamento del rapporto

---

(1) A questo caso appunto la Glosa applica il nostro testo. Glosa. sulla L. cit. e sul C. 5, X, *de causa poss.* — Merenda, *Controv.* XII, 16, ha con molto acume sviluppata questa sentenza, non falsa veramente, ma troppo ristretta.

(2) L'error di dritto (*error juris*) qui non nuoce, perchè primieramente esso impedisce l'acquisto (L. 7, D. *de jur. et fact. ign.*), e qui si tratta della perdita; e poi l'errore non iscusa chi non si conforma a qualche precetto della legge, dovechè qui non d'altro si tratta che d'*interpetrare* un atto, di provare un *fatto*.

(3) L. 37, §. 1, D. *de usurp.* (Conf. §. 7, J. *de usuc.*) « Fundi quoque alieni potest aliquis « sine vi nancisci possessionem; quae vel ex *ne-* « *gligentia domini vacet*, vel quia dominus sine « successore decesserit, *vel longo tempore abfue-* « *rit* ». È manifesto che la cosa dev'esser rimasta, per la negligenza o l'assenza del possessore, non pur senza governo nè detenzione, ma realmente *senza posseditore*: il che risulta non solamente dalla espressione *vacans possessio*, ma anche da che altrimenti la nuova occupazione non potrebbe nè pure far cominciare il novello possesso. — I nostri giureconsulti (per es. Cupero, p. 65) hanno generalmente veduto in questa legge un precetto positivo, contrariamente al vero: alcuni hanno voluto anche fissare il termine, allo spirar del quale il possesso dovesse reputarsi perduto.

(1) Const. 4, C. *de poss.* « Licet possessio nu- « do animo acquiri non possit, tamen solo animo « retineri potest. Si ergo praediorum desertam pos- « sessionem *non derelinquendi affectione* transacto « tempore non coluisti, sed *metus necessitate* cul- « turam eorum distulisti; *praejudicium tibi* ex « transmissi temporis injuria *generari non potest* »: il possesso, dunque, non è perduto. Del resto, non occorre il dire che non vi dev'essere intervenuta alcuna *dejectio*, perchè allora il possesso sarebbe mancato pel solo fatto. Egli è dunque da supporre un podere molto lontano, cui la guerra abbia impedito al possessore di coltivare.

(2) L. 1, §. 25, D. *de vi*: « Quod vulgo di- « citur, aestivorum hibernorumque saltuum nos « possessiones animo retinere; id *exempli causa* « didici Proculum dicere... »

fisico ch' è tra il possessore e la cosa, non può per se solo fargliene perdere il possesso: ondechè, il locator d'un podere non ne perde il possesso per esser cacciato via da un terzo, stantechè il suo potere in sulla cosa è bastantemente assicurato col mezzo dell'affittaiuolo (1). Ma tuttaltramente è dell'*animus possidendi*: e però colui, che esercita il possesso per mezzo di un altro, può perderlo per la sola forza della volontà (*animus non possidendi*).

II. Il rapporto ch' è tra 'l possessore ed il suo rappresentante, può fondarsi qui, parimente che per l'acquisizione, tanto nella potestà giuridica del possessore (2) quanto in un atto di libera volontà (3). — Nè più nè meno: e nel secondo caso, noi non dobbiamo determinare il *mandato*, nel quale siffatto rapporto consiste, come una forma giuridica speciale. Nulla pur v' ha di particolare in ciò, che la rappresentazione può discendere per più persone: ma questo veramente incontra più spesso nella continuazione che nell' acquisizion del possesso. Così, l'affittaiuolo può sallogare la cosa, il depositario affidarla ad un altro, senza che questo induca nel possesso il minimo cangiamento (4). Così pure dal suo canto il locatore può vender la sua cosa ad un terzo, e da lui nello stesso tempo toglierla in fitto; in guisa che il possesso esercitato per rappresentanti può, come qualunque altro, esser trasmesso per via d' un semplice *constitutum* (1). — La sola cessazione del rapporto di rappresentazione non interrompe il possesso (2).

III. Assai più de'due quesiti anzidetti importa sapere che mai si richiegga nel rappresentante acciò il possesso per suo mezzo continui, ch'è quanto dire come si possa il possesso perdere per sola opera di lui — Questa perdita può essere a due modi: o *in favor* del rappresentante, il quale voglia fare suo proprio il possesso infino allora tenuto a nome altrui; o *per opera* del rappresentante, ch'è quando il possesso passi ad un terzo, o anche non lo abbia nessuno. — Dimostreremo nelle nostre spiegazioni il perchè di così fatte distinzioni.

Quella perdita del possesso, la quale torna *in favor* del rappresentante, ha meno difficoltà. Il rappresentante, siccome tale, non ha l'*animus possidendi*; ma è con la cosa nello stesso rapporto di dominio fisico, che un possessore. Egli dunque non può far cessare il possesso *senza* imprimere una novella direzione alla sua volontà: ma *indirizzando* la volontà sua a possedere, dovrebb' egli questo effetto conseguire senza far novello atto, appunto come abbiam visto dover essere nella tradizione *brevi manu*. — La prima di questo proposizioni è fuor d'ogni dubbio. Pertanto, fino a che il rappresentante non voglia esser possessore, nessun luogo ha tal sorta di perdita, quando bene esso rappresentante negasse di restituir la cosa per altri motivi:

L. 20, pr. D. *de poss.* « Si quis rem, quam « utendam dederat, vendiderit, emptorique « tradi jusserit, nec ille tradiderit; alias vi- « debitur possessionem domini (3) interver- « tisse, alias contra. Nam nec tunc quidem « semper dominus amittit possessionem cum « reposcenti ei commodatum non reddiiur: « quid enim si alia quaepiam fuit justa et « rationabilis causa non reddendi (4)? non uti-

---

(1) L. 1, §. 45, D. *de vi*: « Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri: quia *per eos retineo possessionem qui dejecti non sunt* ».

(2) Si osserva qui per regola speciale, che trattandosi di schiavi, essi continuano il possesso ai padroni, anche non volendo, come per esempio quando volessero rubare la cosa. L. 15, D. *de poss.* — La L. 33, §. 6, D. *de usurp.* contiene un'applicazione del principio al possesso del pegno, ch' è da notare. — L. 40, pr. D. *de poss.*

(3) L. 9, D. *de poss.* « Generaliter quisquis « omnino nostro nomine sit in possessionem (pos- « sessione), veluti procurator, hospes, amicus, « nos possidere videmur ».

(4) L. 30, §. 6, D. *de poss.* È chiaro che si suppone, il fittaiuolo non avere avuto l'intenzione di attribuire a sè il possesso nel nuovo affitto; se no, la perdita del possesso sarebbe possibile: ma questa è materia del terzo quesito. Allorchè tale intenzione non v'ha, senza dubbio il possesso continua, sebbene il nuovo affitto possa essere un atto illegale, per esempio una violazion del primo contratto, o pure un furto dell'uso appartenente ad altri (*furtum usus*): ed a quest'ultimo caso è relativa la L. 51, §. 1, D. *de poss.*, la qual perciò non si oppone punto alla continuazion del possesso.

(1) Questa proposizione è nondimeno combattuta da molti autori (per uno esempio, da Merenda, *Contr.* 3, 21): della qual cosa di leggieri si trova la ragione nella erronea spiegazione ordinariamente data del *constitutum*.

(2) L. 60, §. 1. D. *locati*.

(3) Tal è la lezione di più MSS. di Parigi, di molti altri citati da Gebauer, e delle ediz. Roma 1476; Nor. 1483, ec. — Il Digesto di Firenze ha: *possessione dominum*.

(4) Conf. L. 12 in f. D. *de vi*. — Simigliante giusta causa sarebbe, per esempio, il dritto di ri-

« que ejus rei possessionem interverterit (1) ». In secondo luogo, se si dovesse del tutto stare alla regola generale dell'acquisizione, bisognerebbe che l'*animus possidendi* fosse per sè solo sufficiente a dare il possesso al rappresentante. Ma in nessun caso può la detta regola esser qui pura e semplicemente applicata. — Primieramente essa non regge gli stabili, perchè il possesso di questi non è perduto, se non dal momento che il possessore abbia notizia che il suo potere fisico in sulla cosa è cessato: ancora, perchè la massima che *nemo sibi causam possessionis mutare potest* sarebbe evidentemente violata: finalmente, perchè un testo apertamente vi si oppone (2). — Dipoi, la detta regola non si applica alle cose mobili, tra per la ricordata massima che *nemo sibi causam etc.* la quale a ciò parimente contrasta, e perchè per un principio dal roman dritto stabilito per tal motivo, che potrà solamente spiegarsi nella seguente sezione, il rappresentante è considerato possessore sol quando egli abbia commesso un *furtum;* nel qual delitto, acciò possa derivarne il possesso, richiedesi una *contrectatio*, cioè che la cosa sia fisicamente toccata, e ciò col fine di rubarla (3). Potrebbe veramente accadere che il rappresentante nonperanco avesse incominciato a possedere per siffatto modo, sebbene il possesso del suo mandante fosse perduto, per avere la semplice risoluzione di esso rappresentante già tolta al possessore la possibilità fisica di disporre della cosa: nel qual caso, la cosa si troverebbe momentaneamente senza possessore (1). Questa ultima circostanza fa benissimo comprendere perchè alla eccezione testè spiegata siasene aggiunta un'altra, per effetto della quale il possesso del mandante cessa sol quando tutte le condizioni richieste a constituire il furto si sieno verificate (2).

---

tenzione a cagion dell'azione *commodati contraria.*

(1) Nor. 1483. — Hal. — Parimente l'ediz. di Ven. 1485, salvo una traslocazion di parole al tutto indifferente (*poss. ejus rei*). — Il Digesto di Firenze e gli altri pongono: *non utique ut possessionem ejus rei interverteret.*

(2) L. 12, D. *de vi:* « . . . . quem dejecisse *tunc* « videretur, cum emtori *possessionem non tra-* « *didit* ».

(3) L. 1, §. 2, D. *de furt.* « Sic is qui depo- « situm abnegat, non statim etiam furti tenetur: « sed ita, si intercipiendi causa *occultaverit* ». — L. 67, pr. D. *eod.* « Infitiando depositum, nemo « facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitia- tio, licet prope furtum est. Sed si *possessionem* « *ejus apiscatur intervertendi causa*, facit furtum. « Nec refert, in digito habeat annulum, an da- « ctyliothecam, quem cum deposito teneret, habere « pro suo destinaverit ». Dal qual passo si ha: 1.° che la sola *infitiatio* non è sufficiente a costituire il furto; 2.° che il *furtum* e l'acquisizion del possesso sono inseparabili, e che per conseguenza (la qual cosa soprattutto qui importa) il possesso con la *infitiatio* non è per ancora acquistato; 3.° che sono addotti due esempi, ne' quali nè furto ha, nè possesso. Il che se chiaro è quanto alla *dactyliotheca*, non meno è quanto all'*annulus in digito;* perchè la cosa è corporalmente toccata, ma non *col fine di sottrarla.* Il qual fine è designato nella L. 1. §. 2. D. *de furt.* col verbo *occultaverit.* Averanio (*Interpr.* 1. 28, §. 12) ha frainteso questi esempi, pensando che il furto ed il possesso vi sieno ammessi: e in tal errore lo ha preceduto la Glosa, la quale pone in nota la lezione: *dolus hypothecae.*

(1) A tal concetto si riferisce la L. 47, D. *de poss.*, della quale ecco il sunto: « Il possesso della cosa è *perduto* da che il depositario ha l'intenzione di possederla egli stesso: ma non per questo egli ne *acquista* il possesso. (Questo non contraddice alla prima proposizione, perchè anco in altri casi il possesso di cosa mobile si perde, senza che altri lo acquisti). Si eccettua solo il caso di deposito di schiavi, per rispetto all'*animus revertendi*, ch'è sempre possibile: ma da questo caso in fuori, il possesso del depositatore continua fino a che il depositario non cominci a possedere (e ciò mediante un vero *furtum*) ». Tale cominciamento di possesso dee di necessità far cessare il possesso preesistente, pel noto principio: *plures eandem rem etc.*

(2) L. 3, §. 18, D. *de poss.* « Si rem apud te « depositam *furti faciendi causa contrectaveris*, « desino possidere: sed si eam loco non moveris, « et (al. *etiamsi*) infitiandi animum habeas, ple- « rique veterum, et Sabinus et Cassius recte re- « sponderunt possessorem me manere: quia fur- « tum sine contrectatione fieri non potest, nec ani- « mo (*solo*) furtum admittatur (al. *committitur*) ». Questo passo è chiarissimo: ma come conciliar con esso la L. 47. *D. de poss.*? Pare a me non si possa ciò fare altrimente che come segue. Papiniano in essa legge dice soltanto che v'erano pure de' responsi favorevoli all'altra opinione ivi riferita (« responsum est »); il che si può probabilmente conchiudere dallo stesso nostro testo (« *plerique* . . . . responderunt »): ed insieme cerca di tal opinione sporre i motivi (« cujus rei *forsitan illa ratio est* »), senza che perciò egli stesso vi si sottoscriva. — Ordinariamente questi due passi sono conciliati così: Papiniano dice « si. . . tibi possidere. . . constitueris; *confestim amisisse me possessionem* », presupposto, però, che sia preceduta una *contrectatio.* E guardando al solo principio del testo, si potrebbe questa spiegazione ammettere; ma il rimanente non avrebbe più senso alcuno (*V.* la nota preced.). Del resto, essa è già data dalla Glosa, e da più autori ricevuta (Duareno, Merenda, Averanio). — Veramente, questa controversia degli antichi giureconsulti appartiene alla storia delle due sette o scuole: la

Bisogna guardarsi di non estendere cotal modificazione oltre a quel caso, per lo quale è ordinata; cioè a dire, deve essa applicarsi soltanto al caso di quella rappresentazion del possesso, che la infedeltà del rappresentante faccia cessare (1). Ma tale infedeltà non toglie il possesso degli stabili, se non da quando sia nota al possessore; nè quello de' mobili, se non quando ell'abbia tutti i requisiti del furto.

Abbiamo fin qui ragionato della perdita del possesso che ha luogo per opera ed in pro del rappresentante: esaminiamo or quella che ha luogo per opera sua, ma in pro di un altro, cioè quella specie di perdita che distrugge il fisico rapporto del rappresentante con la cosa, e fa per tal via sicuro il succedente possesso. I casi che qui dovremo esaminare, furono quasi tutti infra i romani giureconsulti soggetto di disputa; tantochè gioverà per la certezza delle conclusioni restringere, più che si possa, il numero di quelli. — Ora, possono darsi casi, ne' quali il possesso sarebbe stato perduto, quando anche non fosse stato esercitato per mezzo di rappresentante: nella quale ipotesi, la perdita del possesso non può dar luogo a dubitazione nè controversia alcuna. Sicchè, quando il fittaiuolo d'un podere lo venda, e il compratore occupa il podere, senza che il locatore s'attenti a turbarlo, nessun dubbio è che il costui possesso da questo momento sia perduto. Il medesimo appunto è, quando il rappresentante perde una cosa mobile, e che nè egli nè il possessore la possano rinvenire; ovvero, quando egli consegni la cosa ad un terzo, il quale escluda nel modo stesso che un ladro il precedente possesso, senza tener conto alcuno della consapevolezza del possessore. — Sonovi ancora molti casi di questa specie, ne' quali il rappresentante è già divenuto possessore egli stesso; ed allora ei può senza alcun dubbio alienare il possesso suo proprio. — La quistione che noi dobbiamo esaminare, può dunque esser proposta così: Si può egli perdere il possesso per mezzo del rappresentante allorchè, facendo astrazione della rappresentazione, il possesso dovrebbe aversi per continuato (1)?

Ora, il rapporto di natural possesso, che il rappresentante ha con la cosa posseduta, può cessare a due modi; o senza suo volere, o di suo grado.

Quant'è al primo caso, nessuna controversia ha luogo: perciocchè quando il rappresentante sia espulso dall'altrui violenza, non v'ha dubbio alcuno che il possesso è perduto, abbiane o no cognizione il possessore (2). D'altro canto, è certo che il possesso non cessa quando per ragioni al tutto diverse dalla violenza il rappresentante diventa incapace di esercitar l'altrui possesso, come sarebbe la sua morte, o pur la sua demenza (3): e ciò s'intenda così delle cose mobili, come delle immobili.

Dunque non resta ch'esaminare l'ultimo caso, cioè quando la volontà del rappresentante medesimo faccia cessare il suo rapporto con la cosa; il qual caso si suddivide in due specie:

A. Può esser tale, che non dia il natural possesso a nessuno. — Non è impossibile che alcuni giureconsulti abbiano avvisato che il possesso in tal caso fosse perduto: ma siffatto avviso, che pur generalmente si segue, provare non si può; anzi molti testi pronunzianti il contrario non fanno menzione alcuna di controversia sopra ciò stata (4). La decisione dipende tutta dal seguente testo (5):

---

prima opinione (L. 47, D. *de poss.*) è quella de' Proculejani; l'altra, ammessa nella compilazione (L. 3, §. 18. *eod.*). fu propria de' Sabiniani. Hugo, *Civ. Mag.* t. 5, p. 123.

(1) Questa eccezione fu stranamente spiegata da Cupero (§. 2. c. 33). La regola, com'ei la intende, è che dove non si possa vedere altro che un furto, le condizioni del furto sono ad un tempo quelle della perdita del possesso: e da sì falso principio egli deduce che la L. 3. §. 3, D. *de poss.* non si applichi unicamente al tesoro trovato nell'altrui proprietà: il che, per se stesso, è vero.

(1) Perciò tal quistione occorrerà molto più spesso in materia di stabili, che non di mobili.

(2) L. 1, §. 22, D. *de vi:* « Quod servus, vel « procurator, vel colonus tenent, dominus vide- « tur possidere: et ideo his dejectis, ipse dejici « de possessione videtur, etiam si ignoret eos deje- « ctos, per quos possidebat ». Perchè da quel momento l'interdetto è fondato, ed il podere non può più essere usucatto, stantechè il possesso è violento (*vi possessus est fundus*).

(3) L. 60, §. 1, D. *locati*. — L. 25, §. 1, D. *de poss.* — L. 40, §. 1, D. *de poss.* — Le sole eccezioni contenute nell'ultimo testo (*cum dominus possessionem adipisci neglexerit*, e l'altra: *si nemo extraneus etc.*) possono ingenerar qualche dubbio: ma la prima eccezione si può spiegare per analogia di altri casi già discorsi, e la seconda si rannoda alla disputa, di cui siamo per discorrere.

(4) L. 3. §. 8; L. 44, §. 2, D. *de poss.* — L. 7, pr. D. *pro empt.* L. 31, D. *de dolo.*

(5) L'argomento *a contrario*, con cui si vorrebbe da un altro testo (L. 31, D. *de poss.* « . . . si non deserendae ») desumer la esistenza della controversia, ben poco può provare, poichè del tutto ignoriamo il contesto.

L. 40, §. 1, D. *de poss.* « Si . . . . colo-
« nus . . . . decessisset . . . . non statim dicen-
« dum eam (possessionem) interpellari . . . .
« *Idem* (1) *existimandum* ait, si colonus spon-
« te possessione discesserit. Sed haec ita esse
« vera, si nemo extraneus eam rem interim
« possederit, sed semper in hereditate coloni
« manserit ». Se in luogo di *idem* è da leggere *aliud*, la controversia è accertata: ma se *idem* sta bene, nessuna controversia si vede. Il contesto favorisce la seconda lezione, perchè le parole « *sed haec ita esse vera* » comprendono tutt' e due le frasi precedenti; dovechè, supponendo la prima lezione, si dovrebbero sforzatamente riferire alla sola frase più distante. Veramente le ultime parole « *sed semper in hereditate etc.* » fanno per la prima lezione; ma possono benissimo accomodarsi anche all'altra.

B. O pure il detto caso è tale, che conferisce il natural possesso ad un terzo. Di questa specie è la *tradizione:* ma ben fanno i giureconsulti a non guardare se il possesso naturale sia trasmesso al terzo direttamente, ch'è il caso della tradizione, o pure indirettamente con l'abbandono che il rappresentante faccia della cosa, senz' attendere a chi sottentri a possederla. — In questa specie dunque di casi, i più de' giureconsulti opinavano per la perdita del possesso (2); ma il seguente luogo insegna positivamente il contrario (3):

L. 3, §. 6, 7, 8, 9, D. *de poss.* « In a-
« mittenda quoque possessione affectio ejus,
« qui possidet, intuenda est. Igitur etc. etc. —
« Sed et si animo solo possideat, licet alius
« in fundo sit, adhuc tamen possidet. — Si
« quis nuntiet, domum a latronibus occupa-
« tam, et dominus timore conterritus noluerit
« accedere; amisisse eam possessionem
« placet. Quod si servus vel colonus, per quos
« corpore possidebam, *decesserint discesserin-*
« *tve*, animo (1) retinebo possessionem (2). Et
« si alii tradiderim (3), amitto possessionem.
« Nam constat possidere nos, donec aut no-
« stra voluntate *discesserimus*, aut vi dejecti
« fuerimus (4) ». — Tratta qui Paolo della sola perdita del possesso delle cose immobili; chè dalle mobili non parla prima del §. 13. « In questo possesso, egli dice, l'*animus* (5) « del possessore è quel che decide »; e questa regola poi sviluppa con la seguente serie di applicazioni: *a*) il possesso si perde per solo effetto dell'*animus non possidendi; b*) non si perde per la occupazione; *c*) ma se il possessore ha avuto notizia della occupazione, e non ardisce mantenersi nel possesso con la forza, egli lo perde; *d*) quando lo schiavo o il colono, per cui mezzo esercitiamo il nostro possesso, si muoia o volontariamente abbandoni la cosa, il nostro possesso non cessa; *e*) ben egli cessa quando il possessor medesimo faccia tradizione della cosa (6). Da ultimo, tutte le dette applicazioni sono dal giureconsulto comprese in questa regola generale, che il possesso (di cosa immobile) non si perda in alcun altro modo, che di volontà propria, o per altrui violenza. La qual conclusione pienamente dimostra la necessità del-

(1) La Glosa pone: « alias *aliud*. . . alias *idem* ». (Giffanio, *Lect.* c. 535). — Il MS. Flor. ha *aliud*, e così l'edizioni fatte su quello. I più de' MSS. di Parigi hanno *aliud*, ma sei d'essi leggono *idem*, e parimente il MS. di Metz, quel di Lipsia, ed il mio. — Gebauer qui, come spesso, non accenna ad alcuna variante.

(2) L. 40, §. 1: L. 41, §. 2, D. *de poss.* — L. 35. §. 4, D. *de usurp.*

(3) La L. 32, §. 1, D. *de poss.* non fa a questo proposito, limitandosi essa a dire che il rappresentante non può trasmettere il possesso *quasi ex constituto.* — Cupero, P. 2, c. 40. — Non si può « questa così importante proposizione, sostenuta altresì dall'analogia, opporre la L. 21, §. 3, *eod.* (« *qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur* »); perchè il *rogans* essendo generalmente possessore egli stesso, non amministra dunque l'altrui possesso.

(1) Cod. Rhèd. Edd. Rom. 1476: Ven. 1485; 1494; Lugd. 1509, 1513; Parigi 1536: « possidebam, *decesserit vel* animo ». — Nov. 1485; Hal. « possidebam, *discesserit* (Hal. *discesserint*) vel « animo ». — I MSS. hanno *decesserit*, o *decesserint*, *discesserit*, o *discesserint*; non mai la lezion fiorentina da noi riprodotta.

(2) Senza distinguere se il *discessus* sia stato o no seguito da occupazione altrui.

(3) Edd. Rom. 1476; Nov. 1485: Ven. 1485, 1494; Lugd. 1509, 1513, Hal. Parigi, 1514, 1536. « *Sed* si alii *tradiderit* (Hal. *tradiderint*) ».

(4) Hal. « *discesserint. . . fuerint* ». Il risultamento è lo stesso, ma il passo non ha più la medesima connessione.

(5) *Animus* qui, come per ordinario, ha due sensi.

(6) Parecchi han dubitato della esattezza della lezione *tradiderim*, appunto per ciò che la proposizione sarebbe stata tanto trita, da non lasciar supporre che Paolo prendesse la briga di espressamente confermarla. Ma primieramente trattavasi di mostrare la dipendenza di diverse proposizioni (quasi tutte notissime) da una regola generale; e poi, nella tradizione occorrevano casi, ne' quali non era punto soperchio l'affermare e provare la perdita del possesso: conf. L. 17, §. 1, D. *de poss.*

la lezione fiorentina, e quindi la giustezza della nostra interpetrazione.

Due casi adunque si considerano: nel primo il rappresentante ha solamente abbandonato il natural possesso; nel secondo, una terza persona ha inoltre occupato il possesso: e quanto al primo, è *possibile* che gli antichi giureconsulti dissentissero, ma del secondo è *certo*. — Avendo Giustiniano, in una sua special costituzione sopra certa controversia de' giureconsulti antichi (1), ordinato « che la infedeltà dei rappresentante non noccia al possessore (2), e per conseguenza non « estingua il suo possesso »; sorge la quistione, se cosiffatta disposizione risguardi il solo primo caso, o pur tutti e due (3).

Nostro avviso è, ch'essa regoli ambo i casi, pe' seguenti motivi:

A. Non è punto provato che gli antichi giureconsulti contendessero circa al primo caso; ed intanto Giustiniano si propone di decidere una controversia.

B. All'incontro, la esistenza della controversia è pienamente provata circa al secondo caso, e sarebbe tanto più incomprensibile come questo caso fosse stato lasciato indeciso, in quanto ch'esso è intimamente connesso coi primo.

C. Le parole: « definimus, ut sive ser« vus, sive procurator... corporaliter na« ctam possessionem *dereliquerit*, *vel alii pro« diderit*, desidia forte vel dolo, *ut locus ape« riatur alii eandem possessionem detinere:* « nihil penitus domino praejudicii genere« tur etc. etc. » dinotano evidentemente ciascuno de' due casi in particolare: nè si può siffatta distinzione sconoscere, se non isforzando e di ogni valore spogliando le riferite parole; alla qual considerazione aggiunge rigore la circostanza, che gli antichi giureconsulti non fanno differenza alcuna tra la tradizione e l'abbandono seguitato da occupazione di un altro.

D. Ultimo motivo è il tenor dell'epilogo: « Hoc enim tantum sancimus, ut dominus « *nullo modo* aliquod discrimen sustineat *ab « his quos transmiserit...* »

Stando all'altra spiegazione, l'atto del rappresentante sarebbe la propria cagione della perdita del possesso, essendochè l'occupazione di un fondo, fatta senza saputa del possessore, non possa per se sola levare il possesso.

L'interpetrazione di questo testo era già molto disputata infra gli antichi chiosatori (1). Essi dividonsi, al pari de' giureconsulti moderni, in due principali partiti: il primo, ch'è quello da noi qui seguitato, ammette la continuazion del possesso, senza distinguere se il rappresentante abbandoni semplicemente la cosa, o se la trasmetta ad un terzo (2); l'altro partito esclude dalla detta continuazione il secondo caso (4). Trovansi pure, tanto ne' chiosatori quanto ne' giureconsulti venuti dopo, infinite modificazioni de' detti pareri, prodotte la più parte da imperfetta conoscenza delle fonti.

Del resto, esso testo si riferisce alle cose mobili, del pari che alle immobili (*possessionem cujuscunque rei*): ma nelle prime raramente concorreranno le condizioni necessarie all'applicazione di quello.

(1) Const. 12, C. *de poss.*

(2) Taluni han qui veduto un dritto di raddomandar la cosa; ma è da notare che i principj generali non danno punto tal dritto, nè qui trattasi in conto alcuno di far novità; oltrechè, non si potrebbe allor negare la esistenza di un *praejudicium*.

(3) Che la disposizione risguardi il primo caso, è fuori dubbio; anche perchè il primo è interamente compreso nel secondo.

(1) La Glosa, sulla const. 12, C. *de poss.* — Azo, sulla const. 12, C. *de poss.* — Azo, *Summa*, *tit. de poss.* n.° 15. — Piacentino, *Summa*, *tit. de poss.* p. 332. — Ruggiero, *De antinomicis sententiis*, p. 198. — Roffredo, *Tract. jud. ord.* p. 428. — Odofredo, sulle L. 3 e 40, D. *de poss.* e sulla L. fin. C. *eod.* — Menochio, *De recup. poss.* remed. 14, n.¹ 17-23.

(2) Giffanio, sulla L. 12, D. *de poss.* (*Lect. alt.* p. 536: un cento pagine addietro sentiva il contrario). — Merillio, nelle sue 50 *Decis.* — Vinnio, sul §. 5), *de interd.* — Millo, *Diss. ad L. f. C. de poss.* Lips. 1690. — Oppenritter, *Decis. Imp.* Vienna, 1735, in 4.° (p. 792).

(3) Cuiacio, sulla L. 3, §. 8, 9, D. *de poss.* — Faber, *De err. pragm.* IV, 2. — Ramos, *De poss.* P. 2, c. 1, §. 12. — Cupero, *De poss.* P. 2, c. 39. — Fleck, *De poss.* p. 112; *De interd. unde vi*, p. 77. — Thibaut, *Del poss.* §. 25.

SEZIONE QUARTA
Degli interdetti

Le fonti particolari della materia degli interdetti sono i titoli *De interdictis* delle Istituzioni, delle Pandette e del Codice. Alle quali ora aggiungeremo Caio, lib. IV, §. 138 e seguenti.

Autori:

Roffredo, *Tractatus judiciarii ordinis*. Colon. 1591, in fol. — Le parti di quest'opera concernenti gli interdetti sono la seconda (*de interdictis*, p. 62-109) e l'ottava (*de constitutionibus quibus violentiae puniuntur*, p. 397-435). — Questo libro non è di quella importanza, che gli altri dello stesso tempo: esso contiene delle regole pratiche e de' formolari per la introduzione delle azioni possessorie, piuttosto che delle investigazioni teoriche.

Menochio, *De adquirenda, retinenda et recuperanda possessione*. Le due prime sezioni di questo libro furono pubblicate a Colonia nel 1557; la intera opera, ivi medesimo nel 1577, e spesso dipoi (per esempio nel 1624, in foglio). Ignoriamo l'anno, in cui l'edizione originale venne fuori in Venezia. — L'opera è destinata a' praticanti, ed abbraccia tutto quanto gli autori buoni o cattivi aveano scritto su tale materia. Invano vi si cerca alcun che di proprio dell'autore; ma in complesso il libro merita esser considerato come una raccolta di materiali non priva di utilità.

Donello, XV, 32-38, e sul Codice, VIII, 4, 5, 6 e 7. — *V.* la nostra *Introduzione*.

Friderus Mindanus, *De interdictis*. — *V. Introduz.*

Retes, *De interdictis*. — *V. ibid.*

Haubold, *Zeitschrift etc.* III, p. 358 e seg.

Oggidì, l'opera più importante sopra tal materia è il *Manuale di civil procedura* di Hollweg, t. 1, §. 37, Bonn, 1834.

§. 34. *Nozione degli interdetti.*

Essendo ogni possesso protetto generalmente dagli interdetti, dobbiamo innanzi tratto determinare la nozione degli interdetti in generale (1).

(1) Per poi passare, nel seguente §., alla particolar trattazione degli interdetti possessorj (*Trad.*)

La essenza dell'*actio* consisteva in ciò, che il pretore annunziava nel suo Editto che nei casi da questo preveduti non procederebbe egli stesso, ma si ordinerebbe chi giudicasse (*judicium dabo*). Questo giudice però non era dal pretore deputato, se non quando si quistionasse di fatti: ma quando si trattasse di discutere un punto di dritto, o quando alcuno avesse altrui fatto torto manifesto ed inescusabile, ovvero quando i fatti constassero per confessione dallo stesso reo fattane al pretore (*confessio*), in nessuno di tali casi avea luogo la detta nominazione di un giudice, ma il pretore sentenziava diffinitivamente egli stesso (1).

Per tal rispetto, la procedura degli interdetti differiva da quella delle azioni ordinarie. Per essi l'Editto non parlava mai di dar giudice o voglia dirsi giurato, ma il pretore direttamente imponeva o vietava, come provano le espressioni solite negli interdetti: *veto*, *exhibeas*, *restituas* (2). Quando occorreva uno di tali casi preveduti dall'Editto, il pretore richiesto dall'attore dava di presente l'ordinanza promessa a tal uopo, senza che dovesse innanzi provarsi il fatto, ma pure in presenza delle due parti (3); tantochè questa procedura ritraeva moltissimo di quella conosciuta in Germania col nome *Mandatsprocess* (4). Ora, due casi potevano darsi: o che il reo assentiva alla pretenzione dell'attore, ed allora ogni contestazione era fini-

(1) Le L. 3, §. 1, 2; L. 5, §. 10, D. *de op. nov. nunc.* son relative a casi di torto manifesto ed incontrastabile, ne' quali era ordinata la esecuzione immediata. Conf. Tacito, *Ann.* XI, 6: « Suilius et Cossutianus et ceteri qui *non judicium*, « *quippe ut in manifestos*, sed poenam statui videbant etc. » — Della *confessio* si tratta nel Dig. XLII, 2: nel Cod. VII, 59; e da Paolo, II, 1, §. 5.

(2) *Zeitschrift etc.* III, 366. — A ciò risguarda anche Caio, dicendo: « praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit ». §. 139.

(3) Hollweg, p. 381. (Mutamento della 6.ª ediz.)

(4) Più lontano dal vero è il compararla al *summarissimum*. Ubero, *Praelect.* lib. 43, epitogo.

la (1); o che il reo negava o pure schermivasi con eccezioni, ed allora veniva dato un giudice o giurato (*judex*, *arbiter*) (2); e l'ordinanza già pronunziata dal pretore assumeva da se stessa la forma di una instruzione data al giurato (*formula*) (3).

Il risultamento finale *poteva* dunque negli interdetti essere il medesimo che nelle azioni, nè altra differenza restare, che di forma e di termini: ma tal differenza nelle forme aveva certamente questo fondamento tutto di fatto, che una semplice ordinanza assai più spesso diffinisca la contestazione ne'casi d'interdetto, che in quelli di azione (4). La detta simiglianza intrinseca degli interdetti e delle azioni ci spiega perchè quelli sieno altresì considerati sempre come *ordinaria judicia* (5), e si contrapposti a tutto ciò che si fa *extra ordinem*, sia che lo straordinario consista nella discettazione di un fatto direttamente innanzi al pretore (6), o che nella esecuzione immediata in caso di dritto notorio (1), appunto come pur dianzi si è veduto delle azioni.

Da quanto è detto si ritrae altresì perchè i veri interdetti scomparvero nello stesso tempo che l'antico *ordo judiciorum*. Pare veramente, che un ordine di fare o non fare, pronunziato dal magistrato, avesse dovuto essere applicabile ad ogni maniera di procedura: ma gli antichi non avevano una idea così generale degli interdetti. Essi li consideravano piuttosto come *formali* ordinanze, destinate ad introduzione della procedura da noi delineata, e ad instruzion del giudice deputato; le quali perciò, mancata la detta procedura e deputazione di giudici, non avevano più che fare. Ecco perchè gli interdetti si trasformarono allora in mezzi di dritto ovvero azioni ordinarie, alle quali non rimase altro di proprio, che il nome (2). Così trasformati li troviamo già nelle collezioni di Giustiniano, e tali sono stati a noi trasmessi; in guisa che nella nuova lor forma potrebbero gli interdetti chiamarsi ancora *actiones* (3).

Se negli interdetti, oltre la condizion delle parti, si esamina altresì la forma del procedimento in tutti i suoi particolari, si ha da Caio ch'essa era complicatissima, potendovi aver luogo delle *sponsiones*, delle *restipulationes*, ed anco, trattandosi di frutti, una molto notevole vendita all'incanto; di modo che spesso incontrava che il reo fosse condannato a cinque prestazioni diverse (4). Per-

---

(1) L. 6, §. 2, D. *de confessis*. — Non vogliamo però dire che l'esecuzione seguitava immediate: crediamo anzi, non vi fosse altro che de'mezzi di costringimento indiretti nel *periculum judicii* (a cagion delle *sponsiones*), nel *jusjurandum in litem*, ec. Hollweg. p. 380. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(2) Caio, IV, §. 141: « Nec tamen cum quid« jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim pe« ractum est negotium, sed ad judicem recupe« ratoresve itur et ibi editis formulis quaeritur « an aliquid adversus praetoris edictum factum « sit, vel an factum non sit quod is fieri jusse« rit ». Conf. Teofilo, sul pr. J. *de interd.*

(3) Ed allora si applicavano l'*editae formulae*. (*V.* la nota preced.) — Conf. Aggenus in Goesio, p. 68: « Interdicti formula litigatur »; e Teofilo nel luogo citato.

(4) (Agg. alla 4.ª ediz.) Questo concetto è nei suoi punti essenziali quel medesimo, che stabilì Hugo (Goett. Ang. 1804), e che poi disapprovammo nelle due prime edizioni, per troppo assomigliare gli interdetti alle azioni. Caio, §§. 139 e 141, pienamente il conferma. (Agg. alla 6.ª ediz.) — Alla detta ragione della introduzion degli interdetti si aggiunse l'altra dell'interesse pubblico mescolato al privato. Hollweg, p. 387. Conf. l'agg. al §. 6.

(5) Frontinus, in Goesio, p. 41: « Ad inter« dictum, hoc est jure ordinario, litigatur ». — L. 1, §. 2, D. *si ventr. nom.* « Si eum per inter« dictum ad jus ordinarium remiserit. » La formola mentovata nelle precedenti note mostra il medesimo: essa è sempre un segno dell'*ordinarium judicium*. Conf. Ulpiano, XXV, 12.

(6) L. 3, §. 3, D. *de lib. exhib.* « Caeterum « *cessat interdictum*, et succedere poterit notio « praetoris, *ut apud eum disceptetur*, utrum quis « in potestate sit, an non sit ».

(1) L. 1, §. 1, D. *de tab. exhib.* — L. 1, §. 2, D. *de migr.* — L. 3. pr. D. *ne vis fiat ei.* — L. 5, §. 27, D. *ut in poss. leg.* — L. 1, §. 2, D. *si ventris nom.* — L. 1, §. 1, D. *de inspic. ventre.*

(2) Const. 3, C. *de interd.* « Interdicta autem « licet in extraordinariis judiciis proprie locum « non habeant, tamen ad exemplum eorum res agi« tur ». — Rubr. Dig. XLIII, I: « De interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt ». — Conf. il §. 8, J. *de interd.* — Const. 17, C. *de act. emti.* Secondo questo testo, il cambiamento risale almeno al tempo di Diocleziano, e non v'ha motivo alcuno per credere con Gifanio (*Explen. Cod.* P. 2.ª, p. 262) che questi passi sieno stati interpolati, e che questa innovazione appartenga a Giustiniano. — Nondimeno, bisogna ammettere che gli interdetti continuarono ad esistere come semplice forma qualche tempo dopo la riforma della procedura. Hollweg, p. 393. (Agg. alla 6.ª ed.)

(3) A torto la cognizione e la decisione sono attribuite allo stesso pretore da Sigonio *De jud.* I, 16; Cuiacio *Paratitl. Cod.* VIII., 1; e Vinnio, sul pr. J. *de interd.*

(4) Caio, IV, 167.

tanto, mentre i più tra' giureconsulti moderni affermano, almeno tacitamente, che il procedimento negli interdetti fosse al tutto sommario, la loro opinione è, non che priva di fondamento, ma eziandio direttamente da tali fatti smentita. Non altro si può ad essi concedere, se non che gli interdetti davan luogo ad una procedura affatto sommaria allorchè conformandosi il reo di presente all'ordinanza, non vi accadeva processo: ma quando il processo avea luogo, esso non era punto più sommario che per le azioni (1). Perciò, nella difesa di Cecina, ove appunto si tratta d'interdetti, niente può trovarsi di più sommario che nelle altre cause difese da Cicerone (2).

§. 35. *Degli interdetti possessorii.*

Non per altro abbiamo qui parlato degli interdetti in genere, se non perchè le azioni proteggenti il possesso formarono una specie di quelli. Le azioni possessorie sono adunque degli interdetti in tutto distinti da' rimanenti, meno che nella procedura, la quale per noi non ha più alcuna importanza. Determiniamo ora la nozione delle azioni possessorie, ch'è quanto dire degli interdetti possessorii, poichè tutte le azioni possessorie sono ad un tempo interdetti.

In questa definizione non occorrono, generalmente, di gravi difficoltà. Come *rei vindicatio* si chiama quell'azione che uom fonda in sul suo dritto di proprietà, *actio emti* quella fondata in una compera, così parimente azioni possessorie si chiamano quelle fondate in sul possesso dell'attore, cioè quelle che intentar non può chi non abbia realmente acquistato un dritto di possesso (*jus possessionis*). La qual nozione di leggieri si applica agli interdetti tendenti a conservare e a ricuperare il possesso (*interdicta retinendae et recuperandae possessionis*): ma quando si tratti di interdetti tendenti ad acquistare il possesso (*interdicta adipiscendae possessionis*), trovasi che l'attore non pretende nè di possedere, nè di aver mai posseduto. Purtuttavia, si potrebbero immaginar due modi di ridurre cotali interdetti alle medesime idee fondamentali delle altre azioni possessorie:

A. Supponendo la esistenza di una *finzione*, la cui mercè quel possesso, il quale noi abbiamo dritto ad acquistare, si considerasse come già acquistato (1). Ma tal finzione non si può ammettere ad arbitrio: bisognerebbe, innanzi tratto, provarla. Essa anzi è contro qualunque analogia: avveguachè per gli interdetti tendenti a mantenere e ricoverare il possesso, il fondamento dell'azione consiste, oltre che nel possesso medesimo, in una determinata forma di turbamento di quello, cioè la violenza, eccetera che certo non richiedesi in materia d'interdetti tendenti ad acquistare il possesso; per forma che un possesso fittizio conferirebbe più dritti del reale.

B. Risguardando come fondamento degli interdetti qui discorsi il possesso di un'altra persona, di cui l'attore fosse il *successore*. Se così fosse, uno erede non dovrebbe aver dritto all'interdetto *Quorum bonorum*, se non quando il defunto avesse avuto il possesso giuridico della cosa: il qual rapporto col possesso farebbe appunto questo interdetto una azione possessoria. Ma questo rapporto appunto, che si suppone col possesso è quello che è falso; perciocchè il possesso del defunto non costituisce certo una condizione dell'applicazione di tale interdetto (2), nè si ha motivo alcuno di restringere il dritto che l'erede ha di valersi di siffatta azione. Devesi dunque da quanto è detto conchindere, che gli interdetti tendenti all'acquisto del possesso (*interd. adipiscendae possessionis*) non posano in sulle stesse idee fondamentali, che le altre azioni possessorie.

Non si può pertanto negare che gli stessi Romani non mettano di pari gli interdetti tendenti all'acquisto, al mantenimento, ed

(1) La osservazione finale fu la prima volta aggiunta alla 4.ª edizione, e la citazion di Cicerone alla 6.ª

(2) Conf. sopra ciò: Savigny, *Zeitschript etc.* t. 6, p. 229. — Notabile specialmente è la opinione di Hollweg, p. 390, che gli interdetti fosser sommari in questo senso, che molti pericoli di pene giudiciali soprastavano all'attore che non si affrettasse di terminare il piato, ed anco per rispetto a molte abbreviazioni della nuova procedura; ma non già nel senso assai più importante, che bastasse una prova men piena. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(1) L'idea è di Donello, *Comm.* XV, 37.

(2) Il solo testo che potrebbe far dubitare di quel che noi diciamo, è il seguente: Paolo, 111, 5, 18: « in possessionem earum rerum, quas « mortis tempore testator non *possedit*, heres scri« ptus, priusquam jure ordinario experiatur, im« probe mitti desiderat ». Ma tale *missio* dell'erede testamentario, alla quale si riferisce eziandio l'Editto di Adriano, differisce molto dall'interdetto, il quale anzi le vien contrapposto (« jure ordinario ») : sicchè questo testo fa piuttosto per noi.

alla ricuperazion del possesso (1): dal quale pareggiamento appunto i nostri giureconsulti han preso la loro idea generale degli interdetti possessorii; definiti da essi per *interdetti aventi a scopo il possesso.* — Ma il dare cosiffatta definizione è come non darne alcuna; perciocchè potendo il possesso trovarsi e non trovarsi *come scopo* nella maggior parte delle azioni, è chiaro che questa circostanza è del tutto accidentale. Per esempio, la restituzion del possesso è il vero scopo dell'azione *pignoratitia*, e lo stesso scopo aver possono le azioni *emti*, *locati*, ed altre molte: nè certo vi ha ragione per escludere tutto codeste azioni della vaga definizione delle azioni possessorie. Ancora il solo testo che così indeterminatamente parli dei *mezzi possessorii*, novera espressamente gli interdetti, le azioni e le eccezioni (2); ma per contro queste tre classi non portano già un nome comune di *possessoria interdicta*, sì bene quello d'*interdicta rei familiaris* (3); se ne fa menzione inoltre come se essi comprendessero tutti gli interdetti (4); e si dà eziandio come fondamentale (5) una divisione degli interdetti, che al tutto vieta di attribuire alle tre specie la stessa natura e di classarle insieme. Finalmente, la più forte ragione contro alla definizione ordinaria mi sembra esser questa, che i veri interdetti possessorii hanno de' *delitti* per lor fondamento. Ora, se il pretore nel caso di *dejectio* avesse in luogo di un interdetto data un'azione, nessun dubbio v'ha che siffatta *actio de vi* sarebbe stata pareggiata all'azione *vi bonorum raptorum* e ad altrettali, ma che a nessuno sarebbe potuto cadere in mente di comprenderla nella stessa classe di azioni che l'interdetto *quorum bonorum*: onde consegue che nè meno sia da fare adesso, quando il porre un interdetto nel luogo di un'azione nulla monta, e sarebbe cosa affatto accidentale secondo le stesse idee de' romani, per non esser richiesta dalla natura medesima del diritto por tal via sostenuto.

Gli interdetti ordinati per conservare e ricuperare il possesso (*retinendae et recuperandae possessionis*) sono dunque le sole azioni possessorie; quelli ordinati all'acquisto del possesso (*adipiscendae poss.*) non han punto che fare con esse. Anzi (ch'è più) questi ultimi non hanno niente di comune tra loro; cosa facile a provare con la loro enumerazione, ed anche risultante dalla diversità grandissima de' luoghi da essi occupati nelle fonti del diritto. L'interdetto *quorum bonorum* non differisce punto, in diritto di Giustiniano, dalla petizione possessoria dell'eredità (*hereditatis petitio possessoria*); l'interdetto *quod legatorum* posa, come tuttoquanto il possesso e tante altre materie, sopra un principio di diritto affatto particolare, stabilito primieramente dall'Edilto; l'interdetto *de glande legenda* non è in sostanza altro che un'azione *ad exhibendum* applicata ad un caso speciale; e l'interdetto Salviano non è che un'altra forma di procedura per l'azion Serviana (1), del pari che l'interdetto *fraudatorium* per l'azione Pauliana (2).

AGGIUNTA ALLA 6.ª EDIZIONE.

La opinione qui sposta vuol esser modificata come segue, per ispecial riguardo ad un frammento di Ulpiano recentemente scoperto (3).

Se noi prima di tutto, lasciando stare il linguaggio de' testi, consideriamo soltanto la intrinseca connessione delle instituzioni giu-

(1) L. 2, §. 3, *de indert.* — §. 2, J. *eod.* — Caio, IV, §. 143.

(2) L. 1, §. 4, D. *uti poss.* « . . . omnis *de possessione controversia* aut eo pertinet, ut quod « non possidemus, nobis restituatur: aut ad hoc, « ut retinere nobis liceat quod possidemus. Re« stitutae (restituendae) possessionis ordo aut in« terdicto expeditur, aut *per actionem*. Retinen« dae itaque possessionis duplex via est, aut *exce« ptio*, aut *interdictum* ».

(3) L. 2, §. 3, D. *de interd.*

(4) §. 2, J. *de interd.* — Caio, IV, §. 143.

(5) §. 1, J. *de interd.* — Caio, IV, §. 142.

(1) Donello (*Comm.* XV, 37), oltre a' quattro suddetti, novera ancora due interdetti; quello *de tabulis exhibendis*, e quello che compete al *missus in possessionem*: ma non avendo nè l'uno nè l'altro per suo obbietto il possesso, non entrano in questa classe. — Anche i due interdetti *possessorium* e *sectorium*, ignoti prima del ritrovamento di Caio (§. 145 e 146), non hanno affinità se non forse col solo interdetto *quorum bonorum*.

(2) L. 67, §. 1, 2, *ad Sc. Trebell.* — L. 96, pr. *de solut.* — L. 10, pr. *quae in fraud. cred.*

(3) Fu trovato da Endlicher nel 1835, sopra strisce di cartapecora adoperate nella legatura di un vecchio trattato di teologia, manoscritto del quinto secolo, conservato nella Biblioteca Palatina di Vienna: e così com'era, fu dal medesimo pubblicato, dedicandolo appunto al Savigny. La scoperta, che a prima vista pareva di poco momento, fu trovata importantissima; segnatamente per la chiara spiegazione, che se ne cavò, d'un luogo delle Pandette (L. 2, §. 3. *de interd.*) tenuto oramai per inesplicabile (*Trad.*).

ridiche, chiaramente troviamo che talune azioni hanno per unico oggetto di proteggere il possesso contro certe forme di turbamento, e ciò precisamente col mantenere o pur ristabilire il turbato possesso. A questa classe appartengono, quanto al possesso dei corpi, gli interdetti *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, *de clandestina possessione*; *de precario*; e quanl'è al quasi possesso di un dritto (*juris quasi possessio*), diversi interdetti, dei quali si dirà più sotto (§§. 45, 46 e 47). La intrinseca affinità di questi mezzi giuridici è tanto fuori di dubbio, quanto la essenziale lor differenza da tutte le altre azioni, per chiunque consideri la loro origine e la loro destinazione. E poichè la moltiplice efficacia della detta affinità rende necessario il designare con una tecnica espressione comune tutta la mentovata classe di mezzi giuridici, noi le chiamiamo *azioni possessorie*, ovvero per riguardo alla romana procedura *interdetti possessorii*. A'quali termini non vuolsi già attribuire un valore istorico, ma si debbon tenere come formati unicamente per significar quelle azioni, le quali hanno per condizione e fondamento un possesso giuridico. Tal linguaggio, del resto, non è punto nè nuovo nè arbitrario, trovandosi anzi che il più de' giuristi usano queste espressioni proprio nel sentimento medesimo, e soltanto per particolari rispetti si risolvono a comprendervi anche altre azioni, e segnatamente gli interdetti *adipiscendae possessionis*.

Tutt'altra quistione è questa, se il pareggiamento de' mezzi possessorii da noi proposto s'incontri eziandio presso gli antichi giureconsulti; e nuova convinzione ci astringe a sostenere che no. Presso gli antichi si trovano i detti mezzi distribuiti in tre classi: *interdicta adipiscendae*, *recuperandae*, *retinendae possessionis*. La qual distribuzione noi nelle precedenti edizioni avvisammo di poter ritrarre alla sopra esposta nozione degli interdetti possessorii con escluderne soltanto la prima classe: ma il frammento di Ulpiano nuovamente scoperto è cagione che nè pur tale spediente, già per se stesso sforzato, possa far buona pruova. Perciocchè occorrono in quel frammento due interdetti, *quem fundum*, e *quam hereditatem*: de' quali è detto che sono doppi (*duplicia*), cioè a dire quando *adipiscendae* e quando *recuperandae possessionis*, secondo le circostanze (1). Ora, non fondandosi questi interdetti sopra un possesso, nè sopra una specificata violazion del medesimo, ma soltanto sopra una giudiziale obbligazione non adempiuta, egli è chiaro che nè pur la classe degli interdetti *recuperandae* sia presso i romani giureconsulti compresa ne' limiti della nostra nozione degli interdetti possessorii. Per conseguenza, le loro tre classi non han punto che fare con la detta nostra nozione; avvegnachè esse non servano ad uso alcuno scientifico, ma solo mirino allo scopo, affatto estrinseco ed indifferente alla essenza dell'azione, di determinare se trattisi di acquistare, conservare, o ricuperare un possesso.

Una terza quistione finalmente, diversa dalle altre due, è se la tecnica espressione sopraddetta sia di buona lega. I romani chiamano *actiones possessoriae* quelle appartenenti ad una eredità, quando non sieno date ad un *heres*, ma sì ad un *bonorum possessor* per via di finzione (*fictitiae actiones*) (1). Così appunto dicesi *possessoria* la *hereditatis petitio* applicata per estensione al *bonorum possessor* (2). Ma le tre classi anzidette non sono propriamente contraddistinte col comun nome di *possessoria interdicta*, per quanto ivi principalmente possa un tale aggiunto sembrar conveniente. In un sol luogo s'incontra questa espressione corrispondentemente alla nostra nozione, ma come per transito (3). Sicchè il termine da noi proposto non ha, veramente, fondamento alcuno di testi: ma pure, non essendo qui da temere alcuna confusione d'idee, non crediamo necessario di privarlo di quel luogo che tanti secoli ha posseduto nella giurisprudenza. A chi per altro volesse stare in sul rigore, sarebbe da consigliare il solo uso del termine « *azioni possessorie* ».

Il principio stabilito più sopra, che gli interdetti possessorii si fondino sempre nel possesso giuridico dell'attore, decide altresì qual prova sia da somministrare; cioè, che all'attore s'aspetta di provar la esistenza del possesso in sua persona. Si fa nondimeno, a tal proposito, la seguente quistione (4). L'alle-

(1) Rudorff, *Zeitschrift etc.* t. IX, p. 18.

(1) *V.* rubr. Dig. lib. V, tit. 5.

(2) L. 50, D. *de bon. libert.* — L. 4, D. *de Carbon. ed.*

(3) L. 20, D. *de servit.* « Ego puto usum ejus « juris pro traditione possessionis accipiendum es- « se. Ideoque et *interdicta veluti possessoria* con- « stituta sunt ».

(4) Queste osservazioni circa alla pruova furono aggiunte la prima volta alla quarta edizione.

gazione dell'attore si riferisce necessariamente alla esistenza del possesso in un determinato tempo: per esempio, quella di chi dimanda l'interdetto *uti possidetis*, si riferisce al possesso esistente nel momento della dimanda; quella di chi ricorre all'interdetto *de vi*, si riferisce al momento della sofferta violenza. Ora, è egli necessario di provar l'esistenza del possesso *ne' detti momenti*, o pur basta provare che l'attore o il suo autore abbia *acquistato* il possesso quando che sia, sicchè si reputi averlo egli sempre conservato dappoi, fino a che il reo non abbia provato il contrario? Si sa che la stessa quistione ha luogo in quanto alla *rei vindicatio*, e che quivi è risoluta in favore del solo acquisto (1). Pare che l'analogia richieda che il medesimo si diffinisca in quanto alle azioni possessorie: ma noi non possiamo ammettere così fatto avviso. Havvi, per tal rispetto, tra la proprietà ed il possesso questa essenzial differenza, che la continuazion della proprietà non posando sopra fatti continui, sfugge all'osservazione, e che impossibile, non che difficile, ne riesce la pruova; dovechè il possesso risultando da un incessante rapporto fisico del possessore con la cosa, di leggieri si scopre, e di pruova è capace. Ecco perchè molto è da rimettere al giudice, in quanto alla estimazione della pruova del detto rapporto, e vuolsi del possesso antecedentemente acquistato tener conto per la presunzione, che se ne può trarre, che tuttora esso continui: la qual presunzione avrà tanto più forza, quanto minore sarà il tempo decorso dopo l'acquisto. Ma se pur si volesse ammettere che pel possesso, del pari che per la proprietà, la sola pruova dell'acquisto sia sufficiente, certo è che nè pur si avrebbe una compiuta parità; perciocchè si dovrebbe pur sempre riconoscere questa disparità, che per la proprietà vale eziandio l'acquisto di colui, del quale l'attore sia erede, dove pel possesso egli dee provare l'acquisto suo proprio, stantechè la proprietà passa negli eredi, ma non mica il possesso. — La quistione qui esaminata si presenta in fatto di usucapione al modo medesimo che negli interdetti: onde quivi parimente la sola pruova del cominciato possesso non basta. — Tal quistione peraltro ha dato molto da fare ai giureconsulti antichi, ma i moderni quasi più non vi badano. Piacentino ed Ugolino ammettevano la presunzione del possesso antecedente, in favor di quello presente: Giovanni la respingeva per questo, che il possesso è più della proprietà facile a perdere (1). I giureconsulti venuti dopo tennero in massima parte per la presunzione, ma con tante restrizioni ed eccezioni, che in fin dei conti si accordavano con noi (2). Parecchi tra essi ammisero, per esempio, che la presunzione cessi quando dopo fatta la pruova sieno corsi oltre a dieci anni; altri con più giustezza, che un antico possesso riesca più probabile di un nuovo, e che di ciò si debba in tutto stare alla estimazione del giudice (3). Prevaleva già molto l'avviso che quel possesso, la cui esistenza sia stata provata in due diversi tempi, si presuma continuato in tutto il tempo di mezzo: e così appunto ha ordinato il Codice francese (4).

§. 36. *Continuazione.*

Abbiamo ormai determinato che cosa sia da intendere per interdetti possessorii: ma pur ci resta a confutare una obbiezione importantissima per tutto quanto abbiamo esposto e sporremo; la qual consiste in ciò, che il maggior numero de' pratici moderni hanno, più o meno nettamente, considerati gli interdetti come *revindicazioni provvisionali* (5); ed è ciò di cui andiamo ora ad occuparci.

(1) Const. 16, C. *de probat.* — Voet, *Pand.* VI, 1, §. 24. — Krazer, *Sulla prova della proprietà*, Vienna, 1810. — Questo principio trovasi già enunciato nella eccezione *rei venditae et traditae*, qual essa ci è data nella legislazione di Giustiniano, sebbene non si trovi parimente nella original forma di detta eccezione.

(1) Glosa, sulla const. 16, C. *de probat.*

(2) Alciato, *De praesumt.* reg. 2, praes. 21; — Mascard, *De probat.* vol. 1, concl. 170; vol. 3, concl. 1202; ne parlano in termini espressi.

(3) Mascard, *l. c.* — *V.* appresso, §. 51.

(4) Cod. civile, art. 2234. — Malleville, t. IV, p. 356, respinge la regola *olim possessor*, *hodie possessor*; ma egli ammette che la comune opinione fa durare il possesso dieci anni con la sola intenzione, il che viene a dire in altri termini che la presunzione qui discorsa dopo dieci anni è finita.

(5) Dell'origine di questa opinione presso Bartolo e Cuiacio, si è detto più sopra. Così pure s'intende, ordinariamente il *petitorio* per opposto al *possessorio*. — Un testo d'Isidoro (*Orig.* V, 25, in Gottofredo, p. 932) che qualifica indistintamente tutti gli interdetti come decisioni provvisionali, ha per avventura contribuito a radicare la detta opinione. Eccolo: « Interdictum « est, quod a judice non in perpetuum, sed pro « reformando momento ad tempus interim dici-

I mezzi giudiziari provvisionali son quelli che decidono la causa soltanto per modo di provvisione, lasciando sussistere la possibilità di nuovo esame e di novella decisione della *medesima quistione di dritto*. Così per esempio, nella *missio heredis scripti* fondata sopra un testamento apparentemente valido, il dritto di successione dell'attore è l'obbietto della disamina e della decisione; e nondimeno si può sopra lo stesso punto ritornare nella petizione dell'eredità (*hereditatis petitio*): ondechè i due processi hanno tra loro le relazioni medesime di quelli che si fanno in prima e seconda instanza.

Se dunque le azioni possessorie fossero di siffatti mezzi provvisionali e relativi alla proprietà, potrebbe la teoria loro ridursi a questi principii: chi possiede, cioè, doversi provvisionalmente considerare, per virtù di una generale presunzione, come proprietario; ma tale decisione, occorsa nella vendicazione provvisionale (in *possessorio*), poter esser tanto riformata, quanto confermata, dopo novello esame (in *petitorio*). — Quanto tale opinione sia erronea, per essere il dritto degli interdetti fondato sopra cause al tutto indipendenti dalla proprietà, noi lo abbiamo già detto in principio di questo trattato (§. 2), e con la massima evidenza provatolo in decorso, dimostrando che i romani riguardavano il dritto degli interdetti come l'unico dritto risultante dal solo possesso, e che l'acquisizion del possesso ha luogo per guisa, che non si può ammettere ch'esso abbia legame alcuno con la proprietà o con qualsivoglia altro diritto (*V.* la sez. II, e segnatamente il §. 28). — Bisogna ora levar le cause di tale errore; le quali, per esser particolari agli interdetti, non si potevano prima di adesso spiegare.

Alcuni testi presentano, veramente, gli interdetti *retinendae possessionis* come *preparazioni* necessarie alla vendicazione, e fin vogliono che non per altro fine sieno stati introdotti (1): ancora, havvi un testo che consiglia ad ogni proprietario di voler, sempre che possa, valersi di un interdetto innanzi che della vendicazione (2). — Ma questo spediente preparatorio si differenzia evidentemente molto da quello di un mezzo giudiziario provvisionale, perciocchè l'essenziale di quest'ultimo (cioè l'esame della medesima quistione di dritto) è al tutto indifferente nel primo, tantochè anco un procedimento civile può servir di misura ad un procedimento criminale. Oltracciò, molte altre azioni, verbigrazia quelle risultanti da contratto, hanno lo stessissimo rapporto con la vendicazione, e certa cosa è che a quel proprietario al quale oltre della vendicazione compela un'azione risultante da contratto, ogni giureconsulto consiglierà di prevalersi della seconda, contuttochè questa non sia punto una vendicazione provvisionale. Finalmente (ch'è il nostro principale argomento), cosiffatto rapporto preparatorio è negli interdetti al tutto accidentale; perciocchè, proprio fondamento degli interdetti essendo il possesso, possono essi aver luogo anche quando nessun de'litiganti non pretenda la proprietà.

Pertanto, l'uso che degli interdetti si fa per preparar la vendicazione, può esser frequentissimo (1), ma questa circostanza è

« tur: salva propositione actionis ejus ». Il medesimo si dica della *Interpr. gothica* su Paolo, V, 6, §. 1, onde il testo d'Isidoro potrebbe benissimo esser cavato.

(1) L. 1, §§. 2, 3, D. *uti poss.* (§. 4, D. *de interd.*) — L. 35, D. *de possess.*

(2) L. 21, D. *de rei vind.* — Conf. Festo, v.° *Possessio* (in Gotofredo, pag. 372) e Simplicio (in Goesio, p. 79).

(1) Ulpiano allega pure (L. 1, §§. 2, 3, *uti poss.*) quest'uso come motivo della introduzione dell'interdetto *uti poss.*; perciocchè senza tale interdetto non si sarebbe potuto decidere, nel processo circa la proprietà, a qual delle parti fosse da attribuire il possesso. Egli è mestieri, veramente, in qualunque processo relativo alla proprietà di esaminare innanzi tratto come si debbano distribuir le parti di attore (*petitor*) e di reo convenuto (*possessor*): ma era a questo effetto ordinata fin da'più antichi tempi la procedura tutta particolare delle *manus consertae*, la quale sperimentavasi innanzi al pretore proprio, ed era ancora in uso al tempo di Aulo Gellio, lunga pezza dopo la introduzione degli interdetti (*Noct. Att.* XX, 10: « Verba.... quae.... dici *nunc* « *quoque* apud praetorem solent »). — V'erano casi, noi neghiamo, ne'quali intentavasi l'azione *in rem*, senza la romana vendicazione, massime quando litigava un *peregrinus*, nelle liti sopra fondi provinciali, e nell'azion publiciana; ma i due primi casi non appartenevano all'interdetto del pretore urbano, e dell'azion publiciana bisognerebbe in prima provar ch'ella fosse più antica dell'interdetto. Crediamo d'altra parte vedere nelle forme o ne'principii di dritto degli interdetti possessorii tanta connessione, da dover già questa sola circostanza impedir la supposizione di origini e di scopi a tal punto disformi. Ma soltanto nel §. seguente potremo sviluppare l'argomento più forte che contro Ulpiano abbiamo, fondato nella

tutta accidentale, nè può ad essa attendere chi voglia determinar la natura giuridica di siffatte azioni (1). La quale osservazione vien confermata particolarmente da un testo cavato da Ulpiano, del quale noi ci siamo più d' una volta serviti nel decorso di quest'opera (2). Si trattava di sapere se il possessore, per avere adoperata la vendicazione, perdeva il possesso, a quindi altresì l'interdetto *uti possidetis:* e noi rispondiamo negativamente. Ora, se l'interdetto *uti possidetis* non fosse stato accidentale e soltanto il più delle volte introduttivo alla vendicazione, ma secondo la sua propria essenza un mezzo preparatorio, un cominciamento del processo vendicatorio, sarebbe ciò stato una ragion decisiva per considerare il ricorso alla vendicazione come rinunzia all'interdetto. Ecco perchè Ulpiano, prima di dar la sua sentenza, fa notare che le contestazioni di possesso e quelle di proprietà sono di lor natura indipendenti le une dalle altre; onde poi rettamente conchiude, l'uso della vendicazione non implicar la rinunzia agli interdetti (3):

« *Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo* non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit ».

Gli interdetti possessorii adunque sono quelle azioni, le quali non altra condizione richieggono che la esistenza del possesso: definizione da noi giustificata coi provare com' essi non sono necessariamente collegati alla vendicazione. Però, non qualsivoglia turbamento del possesso dà dritto al possesso, ma quello che abbia alcune forme prefisse; secondo le quali appunto gli interdetti sono partiti. Tuttiquanti gli interdetti si fondano o sopra l' uso della violenza, o sull'esercizio clandestino del possesso, o sull'abuso d'un precario: la violenza però può quanto toglier del tutto il possesso, quando solamente turbario, e questo secondo caso dà luogo a diversi interdetti, secondochè sia turbato il possesso di cose mobili, ovvero di stabili. Ondechè la nostra trattaziona degli interdetti sarà partita come segue:

I. Degli interdetti *retinendae possessionis.*
  A. Ragionamento generale (§. 37).
  B. Uti possidetis (§. 38).
  C. Utrubi (§. 39).
II. Degli interdetti *de violenta possessione* (§. 40).
III. Degli interdetti *de clandestina possessione* (§. 41).
IV. Degli interdetti *de precaria possessione* (§. 42).
V. Delle costituzioni degli imperatori relative agli interdetti possessorii (§. 43).

§. 37. *Degli interdetti* retinendae possessionis. — *A. In generale.*

Di tutti gli interdetti *retinendae possessionis* considerati insieme, abbiamo: Verginii de Boccatiis a Cingulo, Jc. Romani, *Tract. de interd. uti poss. seu de manuten. in poss.*, stampato in Cologna 1581, Venezia 1584 (*Trattati*, t. 3, p. 2), e più volte appresso. — Ma di tanto cattivo libro è meglio far senza.

Gli interdetti *retinendae possessionis* sono ordinati al fine di proteggere il possessore attuale contro le turbazioni violente.

Questa proposizione non si può precisamente intendere, se non si ricordino i differenti casi in cui tali interdetti possono occorrere. Eccoli:

1. Quando il possessore ha sofferto, per effetto del turbamento, un danno, del quale egli attualmente dimandi esser rifatto.

2. Quando il possessore attuale, aspettandosi ad esser turbato, invoca anticipatamente la protezion degli interdetti.

3. Quando si vuol regolare la istanza circa la proprietà mediante preliminare inchiesta circa il possesso, sebbene questo non abbia patita violenza alcuna, nè ci sia ragione di temerne.

I nostri interdetti sono incontrastabilmente applicabili a tutti questi casi: nè manco certo è che lo stesso interdetto può servire ad ognuno di detti casi, e ciò per autorità del testo medesimo dell' Editto. Onde naturalmente si chiede, da che proviene l'ap-

---

proprio tenore dell'Editto. — Alberto (Sull'interd. *uti poss.* §. 127) rigetta siffatta spiegazione del testo di Ulpiano, avvisando che i §§. 2 e 3 non abbian che fare tra loro: ma pare a noi che le stesse parole ivi adoprate significhino abbastanza, il terzo §. non esser altro che continuazione e sviluppamento del secondo.

(1) Meno ancora possiam concedere che la natura dell'interdetto altra sia quando esso è introduzione alla vendicazione, altra quando sia usato a qualunque altro fine: perciocchè secondo questo avviso, proposto da Alberto (*l. c.* §. 131), verrebbero ad esservi due interdetti *uti possidetis.*

(2) L. 12, §. 1. D. *de poss.* — V. p... e particolarmente p. . . .

(3) Ben si poteva cosiffatta rinunzia dedurre da un'altra ragione, della quale Ulpiano in questo luogo non fa espressa menzione.

plicazione di uno *stesso* interdetto a tali casi *diversi*?

L'Editto ha espressamente preveduto il primo caso (1), ed il particolar comandamento dell'interdetto non ha senso alcuno, se io si riferisce agli altri casi. Ond'è fuor di ogni dubbio che questo caso ha per fondamento una *obligatio ex maleficio*.

Il secondo caso trovasi altresì nello Editto (2), e parimente si può ridurre ad una *obligatio ex maleficio*, con questo solamente, che il maleficio, invece di esser già consumato, sta per esserlo. Chiara cosa è in fatti, che il maleficio da prevenire è in tal caso l'unico motivo per cui l'interdetto è concesso, e che *nessuno* altro diritto autorizza l'uso di quel'o. Questo caso, adunque, nè pur egli contraddice alla partizione fatta nel §. 6. — Il primo ed il secondo caso poi convengono in ciò, che in tutti e due si tratta di proteggere il possessore *attuale*: ondechè, il sapere se l'attore sia veramente possessore, costituendo in entrambi il punto principale, e la lor differenza dal lato giuridico non essendo essenziale, non si potrà in conto alcuno appuntar l'Editto delio averli accompagnati.

Il secondo caso occorrerà particolarmente nelle contestazioni circa la proprietà, quando si tratti d'impedire, durante il processo, qualunque atto violento. Ma vuolsi guardare di non confondere questo caso col terzo: perchè può benissimo incontrare che la quistione intorno al possesso attuale sia del tutto diffinita, e che nonpertanto siavi ancora da temer violenza da un avversario di mal affare; nel qual caso è vero che l'interdetto soccorreva in occasione della vendicazione, ma per prevenire la violenza (ch'è appunto il secondo caso), non mica per distribuir le parti nella istanza sulla proprietà (che sarebbe il terzo). È anco possibile che nello stesso tempo si piatisca altresì del possesso; ed allora, giusto la regola data più sopra, dev'esser questo piato insiememente deciso.

Ora sarà facile lo spiegare ancora il terzo caso. In qualunque litigio di proprietà, quando si contenda ancora del possesso, deve il giudice innanzi tratto dar sentenza di questo. A tal fine appunto era stata nell'antico dritto introdotta la solennità delle *manus consertae*: ma siffatto instituto era pieno di difficoltà, richiedendo che il pretore giudicasse egli stesso, senza ministerio del *judex*, poichè la inchiesta sopra ciò poteva esser già per se stessa complicatissima; senza che, molte azioni reali al tutto non ammettevano tal forma di procedere (1). Uno spediente si offriva da sè. Conciosiachè, se in detto caso ci fosse stato altresì da temer di violenza, si sarebbe ricorso all'interdetto; per cagion del quale sarebbesi allora decisa la quistion medesima da sciogliersi nella instanza sul petitorio, e per tal modo si avrebbe avuto il vantaggio non solo di avere un *judex*, ma eziandio di non trovarsi ristretto alla sola *vindicatio ex jure Quiritium*. Non era dunque da fare altro, che considerare ogni caso di possesso contrastato, come se vi si trattasse d'impedire degli atti violenti; ed è mediante siffatta finzione che l'interdetto *retinendae possessionis* diveniva tal forma giuridica, da non lasciar che desiderare. Quale finzione dovea senza esitazione alcuna essere adottata, quando ch'essa non modificando in verun punto essenziale il risultamento della inchiesta preliminare, a niuna delle due parti recava pregiudizio. Ed ecco da noi trovata l'applicazione dell'interdetto *retinendae possessionis* al terzo de' casi proposti. Non era esso compreso nella lettera dello Editto, perchè le parole *vim fieri veto* punto noi risguardano (2); ma lo sottopose alla re-

---

(1) « Neque pluris quam quanti res erit, intra « annum quo primum experiundi potestas fuerit, « agere permittam ».

(2) « Uti possidetis... quo minus ita possidea- « tis vim fieri veto ».

(1) Finalmente questa forma cessò del tutto, come regola, dopo l'abolizione delle *legis actiones*, e solamente restò com'eccezione nel processo contumaciale (Agg. alla 6.ª ed.).

(2) Ondechè, non risultando questo caso nè pur dalle parole dell'Editto, non può certamente aver dato origine a questo interdetto: il che toglie ogni peso alla osservazione istorica di Ulpiano (L. 1. §. 2, 3, *uti poss.*). So bene esser temerario il contraddire in tali materie a' giureconsulti romani, ma più autorità deve attribuirsi all'Editto medesimo che non ad Ulpiano; cioè dee piuttosto supporsi che questi abbia poco esattamente spiegato un punto istorico, che persuadersi che l'Editto voglia dire il rovescio di quel che dice. Perciocchè non è da dimenticare come questo terzo caso, il qual sembra di tanto minor momento teorico ed istorico, è appunto il più ovvio e più rilevante nella pratica, e come Ulpiano visse parecchi secoli dopo la introduzion degli interdetti. Ancora, non sappiamo se i compilatori non abbiano nulla aggiunto nè nulla levato al testo di Ulpiano. E poi, non è il primo caso di una spiegazione di giureconsulto antico, la quale non soddisfaccia.

gola dello Editto una finzione, che non era contraria a' principii. Questa finzione identificando, in quanto concerne la teoria, il terzo caso col secondo, non sta dunque più di quest'ultimo contro alla nostra petizione degli interdetti (§. 6).

Passiamo ora alle condizioni dell'applicazione degli interdetti *retinendae possessionis*.

La prima condizione, comune a tutti gli interdetti possessorii, è l'esistenza reale del possesso; non già del possesso civile, ma sì del giuridico, contrapposto al rapporto di fatto della detenzione (1).

La seconda condizione è, che siavi stato turbamento *violento* (2): ed ecco ciò che s'intende per questo *Vis* generalmente si dice ogni atto che altri faccia contro alla nostra volontà: ma per ottener l'interdetto *quod vi aut clam* bisognava inoltre che la contraria volontà fosse espressamente dichiarata al turbatore, o che da lui questa dichiarazione venisse impedita (3). Qui però la contraddizione di volontà hassi già nel possesso medesimo, ogni volta che il turbamento non sia specialmente autorizzato (4). Ond'è che nel senso di questi interdetti il turbamento esiste da quel punto, che la libera disposizione della nostra cosa venga ristretta, sebbene di ciò fosse cagione la cosa del vicino, come a dire un muro sporgente (5): avvegnachè quantunque sia possibile che tal turbamento non provenga proprio da lui, e che forse anco lo ignori, è però certo ch'egli possiede il suo edificio in modo a noi grave; il che basta a costituir la violenza. Tali interdetti adunque debbono, per questo rispetto, andar del pari con l'azione negatoria; e sì fatto parallelo è formalmente riconosciuto da' testi (6). Abbiamo poi già spiegato come il detto turbamento violento sia da considerare talvolta come avvenuto, tal altra come a venire, e qualche volta pure com'effetto soltanto di una finzione.

Per terza condizione, il turbamento violento non dev'esser tale, che del tutto levi il possesso: la qual condizione risulta dal nome medesimo di questa classe d'interdetti possessorii (*retinendae poss.*) (1). Abbiamo già nella terza sezione di quest'opera trattato degli altri requisiti che accompagnar debbono questa condizione puramente negativa; avendo noi quivi determinati tutti i casi, ne'quali il possesso è da riguardar come perduto. Non occorre il dire, che la presente condizione ha luogo soltanto per rispetto ad un turbamento già avvenuto, e che il possessore in tal caso acquista il dritto a questi interdetti così quando egli sia solamente impedito di far quello che gli piace (2), come quando altri si licenziasse di far cosa da possessore, senz'altrimenti spossessarlo (3).

Qualunque turbatore del nostro possesso può stare da reo convenuto in un giudizio possessorio; quindi eziandio il rappresentante, come per esempio l'inquilino d'una nostra casa, il quale voglia in questa fare o disfar qualche cosa, contra nostro grado. Di che si potrebbe per avventura dubitare, per l'azione *locati* competente al locatore: ma il vero è ch'egli può scegliere tra le due azioni. Anzi, egli in questo medesimo caso ha pure una terza azione da eleggere (4): la quale analogia conferma l'opinione da noi prodotta circa le azioni possessorie. Parimente è incontrastabile, che se l'inquilino scacci il locatore dal suo possesso, questi può sce-

---

(1) *V.* Kiepe, *Diss. de nat. poss.* Lips. 1794 (Introd. n.° 32). — Le obbiezioni non possono esser confutate, se non quando tratteremo di ciascuno di questi interdetti in particolare.

(2) « *Vim fieri veto* ». L. 1, pr. D. *uti poss.* — L. 1, pr. D. *utrubi.*

(3) L. 1, §. 5-7; L. 20, pr. §. 1, D. *quod vi.* — L. 73, §. 2, D. *de reg. jur.*

(4) L. 5, D. *de serv. praed. urb.*

(5) L. 14, §. 1; L. 17, pr. *D. si serv.*

(6) L. 8, §. 5, ib. — Tutto questo passo è stato aggiunto alla 6.ª edizione, a suggerimento di Hollweg.

---

(1) La Glosa chiama questa specie di violenza *vis inquietativa*, per opposto a quella da lei detta *vis expulsiva* (sul §. 4, J. *de interd.* e sulla L. 1, §. 9, D. *uti poss.*).

(2) Per esempio, quando s'impedisce al possessore di lavorare il proprio campo (L. 3, §. 4, D. *uti poss.*); di edificar nel suo, o far mutamenti nello edifizio (L. 3, §. 2 e 3, *ib.*); o anche di cavar il suo tesoro dentro il fondo di un altro (L. 15, *ad exhib.*).

(3) L. 11, D. *de vi:* « *Vim facit*, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo; sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, *per quod liberam possessionem adversarii non relinquit* ». Le prime ed ultime parole (*vim facit e vim fieri veto*) fanno meglio di tutto vedere come si tratti d'un turbamento, non mica del toglimento del possesso. Donello, XV, 33. — Il luogo, in cui questo frammento è stato ficcato (tit. Dig. *de vi*), ha indotto parecchi giureconsulti a riferirlo all'interdetto *de vi*.

(4) Cioè l'interdetto *quod vi aut clam*. L. 25, §. 5, D. *loc.* — Tutto questo passo è stato aggiunto nella 6.ª edizione.

gliere tra l'azione *locati* e l'interdetto *de vi*.

Lo scopo di questi interdetti è triplice:

1.° Nel caso di turbamento già successo, essi tendono al ristoro de' danni ed interessi.

2.° Nel caso di un turbamento sol minacciato, o che quello già consumato debba farne temere un novello (circostanza per cui amendue gli scopi possono coincider in uno), essi tendono a prevenire l'atto illegale temuto. Nulla poi rileva allo scopo generale di questi interdetti, se il divieto fatto dal giudice basti per impedire il turbamento, o se vi sia necessaria la reale esecuzion del decreto, o anche si debba la tranquillità del possesso assicurare per via di cauzione.

3. Nel caso che questi interdetti si debbano applicare alle contestazioni circa la proprietà, sono essi destinati a decidere a qual delle due parti si debba attualmente riconoscere la qualità di possessore: il quale scopo può egualmente coincidere con gli altri due (1).

Quant'è al risultato de' nostri interdetti, noi troviamo ancora una particolar regola da spiegare. Sono essi considerati come *duplicia* (2), ossia come *actiones mixtae* (3); dal che due conseguenze derivano: la prima, che ciascuna della parti litiganti può far da attore (4); la seconda, che ambe le parti hanno i diritti medesimi nella procedura, non già ciascuna i suoi propri, com'è nella maggior parte delle azioni (1). Ma la più rilevante conseguenza pratica della detta duplicità consiste nel poter esser condannato tanto l'attore quanto il convenuto. La qual cosa può avvenire a due modi. Primieramente, può darsi che non l'attore, ma il convenuto abbia effettivamente il possesso (2); ed allora non è da dubitare che il convenuto, il quale avrebbe potuto egli stesso far da attore, non debba vincer la lite nè più nè meno che s'egli lo avesse fatto. Ancora, può darsi che l'attore abbia realmente il possesso, ma pur debba avere la peggio, a causa delle eccezioni oppostegli dal convenuto; cosicchè quest'ultimo, sebbene non si sarebbe potuto costituire attore, nondimeno vinca la lite e

---

(1) Se gli interdetti *retinendae poss.* sono, secondo lor propria natura, considerati come mezzi preparatorii alla vendicazione (§. 36), il terzo scopo è da tenersi per principale, e' due primi per accessorii: ch'è appunto il procedere del più dei difensori di questo avviso. Ma Wiederhol è passato ben più oltre, non ammettendo altro scopo che questo. *V.* l'aggiunta al §. 10. (Agg. alla 6.ª ed.).

(2) Ora è chiaramente dimostrato, la mercè del frammento di Ulpiano testè scoperto, che i Romani usarono eziandio questo termine tecnico in senso al tutto differente, adattandolo a quegli interdetti i quali, secondo le circostanze, servono quando a ricuperare il possesso, quando ad acquistarlo, ec. Questo nuovo significato ci abilitò ad intendere la L. 2, §. 3, D. *de int.*, la quale infino a quell'ora non avevamo saputo spiegare. Conf. Rudorff, *Zeitsch. etc.* t. IX. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(3) *V.* per questi due interdetti, Caio, IV, 160. — L. 37, §. 1, D. *de O. et A.* — §. 7, J. *de interd.* — Per il solo interdetto *uti poss.*, L. 2, pr. D. *de interd.* — L. 3, §. 1, D. *uti poss.*

(4) A torto negammo questo principio nelle due prime edizioni, mossi dal veder che la vittoria non potrebbe esser d'altri, che del possessore. Anche nella vendicazione il solo proprietario può vincer la lite, e nondimeno un altro può parimente sperimentar quell'azione, perchè l'esito soltanto chiarirà se l'attore sia proprietario o no. Il medesimo è de' nostri interdetti per rispetto al possesso, salvo soltanto che quando si tratti di proprietà, la parte di attore dipende dalla qualità di spossessato, la qual deve in prima esser posta fuori dubbio; dovechè i nostri interdetti non richiedono punto siffatta condizione, e perciò appunto sono *duplicia*. — È noto del resto, che le azioni divisorie sono egualmente *duplices*, e che l'azione confessoria e la negatoria, contuttochè non duplici, permettono anch'esse a ciascuna delle parti di costituirsi attore.

(1) §. 7, J. *de interd.* « ... duplicia vocantur, « quia *par utriusque litigatoris in his conditio est*, « nec quisquam praecipue reus vel actor intelli- « gitur: sed unusquisque *tam rei*, *quam actoris* « *partes sustinet* ». — Caio, IV, 160. La L. 10, D. *fin. regund.* s'esprime anche più netto: « Ju- « dicium comm. div., familiae hercisc., fin. re- « gund. tale est, ut in eo *singulae personae du-* « *plex jus habeant*; agentis, et ejus cum quo a- « gitur ».

(2) Ch'è appunto quello che nel più de' casi il convenuto pretende, e che ordinariamente costituisce l'obbietto del litigio. Questo altresì spiega la formola UTI POSSIDETIS, cioè *come un di voi due, ch'entrambi pretendete possedere, effettivamente possiede ec.*: sopra la qual formola i chiosatori fanno d'ogni sorta ipotesi, fino a supporre che il pretore parlando del possessore gli abbia per creanza dato del voi. Di molto momento era quell'altra spiegazione che riferiva l'*uti possidetis* al possesso *plurium in solidum*; il quale alcuni credevano in tal guisa confermato in generale, altri almeno in quanto all'interdetto *uti possidetis*, permettendo questo di considerare ancora il *dejectus* come possessore. (Glosa, sulla rubrica del tit. *uti poss.* — Azo, *Summa h. t.*, n.° 19, e *lectura h. t.* p. 622. — Piacentino, *Summa h. t.* p. 376. — Donello, *Cod. h. t.* n.° 6 e seg.) — Ciò che Alberto (*loc. cit.* §. 116-121) ha recentemente addotto contro questa interpetrazione della formola *uti possidetis*, mi sembra privo di fondamento.

s' abbia il possesso (1). Tale risultato sembra poco conseguente, ma pur di leggieri si giustifica: perciocchè il giudice non ha altro modo di rigettar l'azione, che o di nulla diffinir del possesso, o di aggiudicarlo al convenuto. La prima di queste due sole vie permetterebbe a ciascuna parte di usar violenza all'altra: la qual cosa essendo manifestamente contraria alla essenza stessa di una decisione giudiziale, non resta che la seconda via; ch'è quanto dire che l'interdetto deve esser trattato come *duplex*, e che dee mettersi in possesso il convenuto, contuttochè egli da attore non avrebbe potuto vincer la lite (2).

Bisogna, d'altra parte, guardarsi di non trapassare i termini della eguaglianza, alla quale ambe le parti han dritto nella procedura. La pruova segnatamente è sottoposta alle stesse regole che in tutte le altre azioni; e per tal rispetto si dee senza dubbio considerar come attore colui, che primo sia ricorso al giudice (3). Il principio, adunque, stabilito più sopra per le azioni possessorie in generale, regge eziandio questa pruova. Se non che, v'ha sopra ciò una quistione affatto particolare da risolvere: cioè, quando il convenuto non nega al tutto il possesso dell'attore, ma solo pretende esser suo compossessore, chi de' due sia tenuto alla pruova. Si potrebbe siffatta allegazion del convenuto riguardare come una eccezione, e quindi ad esso imporne la pruova: ma noi crediamo che l'attore debba provare, per questo che pretendendosi egli posseditore di tuttaquanta la cosa, ed essendogli il possesso consentito per alcune parti di quella, e negato per altre, bassi una contestazion di lite in parte negativa, nel qual caso la pruova s'aspetta all'attore. E potremmo anche in confutazione dell'avviso contrario soggiungere che, secondo esso, non ostante che il compossesso fosse fuor di ogni dubbio, ciascuna delle parti potrebbe introdurre l'azione col solo fine di astringere il compagno a provare suo dritto (1).

§. 38. Dell'interdetto *uti possidetis*.

Fonti particolari di questo interdetto:
§. 4, J. *de interdictis*.
Dig. lib. 43, tit. 17 } V. l'*Introduzione*.
Cod. lib. 8, tit. 6 }
Carlo Alberto, *Dell' interd.* uti poss. *appresso i Rom.* Halle, 1824, in 8.° Lavoro profondo e degno di attenzione.
Wiederhold, *Dell' interd.* uti poss. *e della* novi operis nunciat. Anovia, 1831, in 8.° *V.* l'agg. al §. 10.

Le regole già date per gli interdetti *retinendae possessionis* in generale, debbono ora applicarsi al possesso degli stabili, cioè a dire all'interdetto *uti possidetis* (2).

Le condizioni generali di tali interdetti erano, un possesso in generale, un turbamento violento di quello, e la continuazione del detto possesso malgrado del turbamento. Della prima e dell'ultima delle quali condizioni è stato posto in dubbio se fossero applicabili all'interdetto *uti possidetis*. — Quant'è alla prima, Cupero (3) pretende non si possan concedere gli interdetti *retinendae possessionis* in generale, se non quando il possesso sia *civile*; opinione conseguente al suo falso concetto del possesso civile, e che cade insieme con quello. Ma ciò, che qui importa, è ch'egli si studia di provar la sua asserzione particolarmente pel nostro interdetto: ed a confutarlo basti riferire come da ciò, che Ulpiano in un testo notissimo dice l'interdetto *de vi* non supporre di necessità la esistenza del possesso civile, esso Cupero conchiude dover tal possesso costituire una delle condizioni dell'interdetto *uti possidetis* (4). —

---

(1) Che così fosse veramente, è provato non pur dalla essenza dell'interdetto *duplex*, ma eziandio dalla L. 3 pr. D. *uti poss.*, ov'è detto: « Si a « me possides, *superior sum* interdicto », cioè la causa sarà decisa in mio favore: la qual decisione non si può altramente comprendere.

(2) Vero è che nella maggior parte de' casi occorrenti egli avrebbe potuto usare, anche siccome attore, un altro interdetto, per esempio quello *de vi*, quando essendo egli stato spossessato con la violenza, l'usurpatore adoperasse contro di lui l'interdetto *uti possidetis*, dal quale egli schermivasi con una eccezione. L. 1, §. 4, D. *uti poss.*

(3) L. 2, §. 1, D. *comm. div.* — L. 13, D. *de jud.* — Ambidue questi testi parlano veramente delle sole azioni divisorie, ma per analogia si vogliono applicare ancora a' nostri interdetti.

(1) Quest' ultima osservazione fu aggiunta alla 4.° edizione.

(2) Trovasi il testo dell'editto nella L. 1, pr. D. *uti poss.*, ed anche (con alcune espressioni varianti) in Festo, v.° *possessio*, presso Gotofredo, p. m. 372. — Conf. la nota in fine del §. 12 *a*.

(3) Thibaut gli ha tenuto dietro. — *V.* sopra, in fin del §. 6, Agg. alla 6.ª ed.

(4) *De nat. poss.* P. 2, c. 8: « In L. 1, §. 9, « *de vi*, scribit Ulpianus de interdicto *unde vi:* « *Nam et naturalis possessio... ad hoc interdi-*

Quant'è poi alla terza condizione del dover l'attore tuttavia possedere, essa è per questo nostro interdetto imposta in termini tanto precisi (1), che non si sarebbe creduto vi capesse dubbio. Il primo argomento ad essa opposto proviene dalla falsa spiegazione del possesso civile per quel possesso che *animo retinetur*, la cui continuazione sarebbe possibile anco al *dejectus;* onde si cava che costui potrebbe a sua scelta ricorrere o all'interdetto *de vi*, per conto del suo perduto possesso naturale, o pure all'interdetto *uti possidetis*, per virtù del suo continuato possesso civile (2). Un secondo argomento si appoggia ad una falsa interpetrazione della L. 11, D. *de vi*, secondo la quale essa legge ammetterebbe l'interdetto *de vi* nel caso di semplice turbamento; onde parimente conseguirebbe che il *dejectus* potesse valersi dell'interdetto *uti poss.* Altri rinterzano l'argomentazione con dire, che dovendo di necessità il *dejectus*, come convenuto, vincer la lite, egli debba altresì, come attore, aver dritto all'interdetto (3): ma così vengono ad estendere quella uguaglianza, a cui le parti han dritto nel doppio interdetto, oltre a quanto abbiamo poco innanzi avvertito essere il giusto.

Cosicchè, l'effetto del presente interdetto plenamente si accorda con quello più sopra dimostrato degli interdetti *retinendae possessionis* in generale. — Prima sua mira, dunque, è d'impedir l'atto turbativo del possesso. E generalmente sarà questo scopo raggiunto la mercè della sola sentenza del giudice vietante il turbamento: ma quando cosiffatto divieto non basti, occorre naturalmente, come per ogni altro giudizio, venire alla esecuzione, la quale può tra le altre cose consistere in ciò, che il giudice obblighi quel condannato, il quale dia luogo a giusto timore di nuovi turbamenti, di dar cauzione. Pertanto, il dritto di chiedere siffatta cauzione discende già dal general diritto della esecuzion delle sentenze, nè ha bisogno alcuno di particolar sanzione; di cui non si sarebbe pretesa l'esistenza, che all'appoggio di una storta interpetrazione (1). — Quant'è al turbamento già seguito, il possessore può dimandare a titolo di danni ed interessi l'equivalente di tutto quanto egli abbia perciò perduto, o anche non guadagnato (2).

Questo è quanto avevamo a dire delle condizioni e dell'effetto generale del presente interdetto. Ma vi sono alcuni casi particolarmente eccettuati, ne'quali esso interdetto o del tutto non si ammette, o solo in parte si concede: a' quali appunto corrispondono e son da congiungere le *eccezioni* competenti al convenuto. — La prima di siffatte eccezioni si fonda nel modo dall'attore tenuto per acquistare il possesso: perciocchè quando il cominciamento del possesso sia stato o violento, o clandestino, o precario, vince il convenuto (3). Tali vizi però non si possono opporre, se non quando gli atti illegittimi, dai quali essi hanno origine, abbiano avuto luogo infra le stesse persone de' litiganti: ondechè la eccezione non è fondata, quando alcuno di detti atti sia stato commesso dal-

« *ctum* pertinet; aperto indicio, eam non pertinere ad Interd. *uti possidetis*, aut *utrubi* ».

(1) L. 1, §. 4, D. *uti poss.* « ... interdictum « *uti possidetis* ... redditur, ne vis fiat ei, *qui* « *possidet* ... hoc interdictum tuetur, *ne amittatur possessio:* denique Praetor *possidenti* vim « fieri vetat, etc. ».

(2) Azo, *Summa Cod. tit. uti poss.* n.° 16 e 17. — Menochio, *De retim poss.* remed. 3, n.° 35 e seg. — Gifanio, Antinom. IV, 48, n.i 24-30.

(3) Busio, *Subtil. juris* VI, 8, e Gifanio, *loc. cit.* allegano ambo i motivi.

(1) Const. un. C. *uti poss.* « Uti possidetis fundum « de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, « nec precario possidetis, Rector provinciae vim « fieri prohibebit: ac *satisdationis*, vel *transferen-* « *dae possessionis* Edicti perpetui forma servata, « de proprietate cognoscet ». — Perciocchè, si dice, o il convenuto non ha il possesso, e allora è da dargli sicurtà; o egli è in possesso, e allora questo interdetto glielo toglie: Duareno, sul tit. *uti poss.* e nelle *Disp. anniv.* I, 21. — Ma le parole *vim fieri prohibebit* sono le ultime circa l'interdetto: tuttoquanto segue, concerne la vendicazione, e circa questa era regola generale che il convenuto dovesse o dar sicurtà *de judicato*, o rinunziare al possesso (*satisdationis, vel transferendae possessionis*); del quale obbligo fu poi liberato. — Conf. quanto al dritto antico, Caio, IV, 91; quanto al giustinianeo, §. 2, J. *de satisd.* — La giusta interpetrazione si ha nella Glosa sulla legge citata: in Azo, *Summa Cod. h. t.* n.° 23; in Barone, *Manual. in Dig.* P. 6, p. 184; in Cuiacio, su Paolo, I, 11, §. 1, dov' ei fieramente si scaglia addosso al Duareno; in Donello, sul Cod. *h. t.* n.° 25-28, il qual nondimeno guasta il buono con altri errori di nuovo; e particolarmente in C. F. Corrado, *Diss. cautio de non ampl. turb. etc.* Helmst. 1737, il quale tratta a fondo così della interpetrazione di questo testo, come di detta cauzione. — Conf. pure Rudorff, nella *Zeitschr.* IX, 27, il quale ha posto questo passo in relazione con le ultime fonti scoperte.

(2) L. 3, §. 11. D. *uti poss.*

(3) L. 1, pr. §. 5; L. 3, pr. *eod.*

l'autor dell'attore (1), ovvero contro altrui che il convenuto (2). — Il motivo della introduzione di questa eccezione è che il convenuto ha dritto, nel più de' casi, a uno interdetto *recuperandae possessionis* (3), e che pertanto è più ragionevole rigettar per la più corta la dimanda dell'attore, ed anco mettere per particolare rispetto il convenuto in possesso, che non far prima soccombere costui nel processo dell'interdetto *uti possidetis*, e poi dargli vittoria di un altro. — La seconda eccezione concerne la prescrizion dell'interdetto. Decorso un anno dal turbamento, non si può più con questo interdetto procedere pe' danni ed interessi (4), salvo che il turbatore non abbia dello scapito del possessore fatto suo pro (5). — Nè altre eccezioni vi sono oltre le discorse (6).

§. 39. *Dell' interdetto* utrubi.

Fonti particolari:

§. 4, Inst. *de interd.*	V. la *Introduzione.*
Dig. lib. 43, tit. 31.	
Cod. Teod. lib. 4, tit. 23	

Al modo medesimo che l'interdetto *uti possidetis* protegge il possessore di stabili, l'interdetto *utrubi* è ordinato a difendere il possesso di tutte le cose mobili, sebbene esso, secondo la lettera dello Editto, concernesse soltanto lo schiavo (1).

La prima condizione è qui, come per l'interdetto *uti possidetis*, il possesso giuridico, non abbisognando che questo sia civile (2). Ma il solo possesso non bastava, richiedendosi ancora ch'esso, nell'anno addietro, fosse stato esercitato per più spazio di tempo dall'attore che non dal suo avversario (3): nel computo del qual tempo si teneva naturalmente ragione della durata dei possesso del venditore, e però l'*accessione del possesso* era qui della stessa importanza che nella usucapione e nella prescrizione di talune azioni (4). Il dritto romano moderno ha levato la detta restrizione e pareggiato l'interdetto *utrubi* a quello *uti possidetis* (5): e pare che siffatto cangiamento si debba a Giustiniano, e che il testo di Ulpiano, nel quale si trova (6), sia interpolato; perciocchè nè Paolo (7), nè Caio (8), nè la costituzion di Diocleziano contenuta ne' Frammenti del Vaticano (9), non fanno per ancora segno alcuno

(1) L. 3, §. 10, *eod.* « Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam ».

(2) L. 1, §. 9: « ... ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, *si quidem ab alio*; pro sit eo possessio: *si vero ab adversario suo*, non debet enim propter hoc, quod ab eo possidet, vincere ». — Conf. L. 2, *eod.* — L. 53, D. *de poss.* — §. 4, J. *de interd.* — L. 17, D. *de precario.*

(3) Nella 5.ª edizione dicevamo: *nel più de' casi.* Quale espressione era fondata in sulla opinione da noi prima tenuta, che il possesso clandestino dovesse aver, nella eccezione, un significato affatto diverso e più esteso che nell'interdetto. Or noi abbiamo rettificato questo modo di vedere nelle giunte al §. 11. (Agg. alla 6.ª ed.).

(4) L. 1, pr. D. *uti poss.* « Intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam ».

(5) L. 4, D. *de interd.* « Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his *de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit*, post annum judicium dandum, Sabinus respondit ».

(6) Così per esempio, l'*excepto possessionis nullae*, che Alberto vuole stabilire nel sopraddetto luogo, §. 94, non altro è veramente che una *litis contestatio* negativa, la cui natura punto non cangia, o che il convenuto stia contento a negare, o che egli stesso pretenda il possesso. (Agg. alla 5.ª ediz.).

(1) L. 1, pr. §. 1, D. *de utrubi*: « Praetor ait, *utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit*: *quo minus is* eum ducat, vim fieri veto. — Hoc interdictum de possessione rerum immobilium locum habet... ». Caio, lib. IV, 149, 150.

(2) Cupero (II, 8) pretende anche qui il contrario: noi abbiamo già discusso uno de' suoi motivi in quanto all'interdetto *uti poss.*; un altro egli ne trova nella L. 46, D. *de don. int. vir. et ux.*, da noi interpetrata in principio.

(3) Sicchè la maggior parte dell'anno s'intendeva relativamente. L. 156, D. *de verb. sign.* — Caio, IV, 152.

(4) Cupero (II, 8), in parte seguitando Schulting, ottimamente osserva che la L. 46, D. *de don. int. vir. et ux.* e la L. 13, *de poss.* son tra loro legate per mezzo della inscrizione, ed ambedue con la L. 1, *utrubi*; e ch'elleno probabilmente trattarono, in occasione di questo interdetto, dell'*accessione* di possesso. — Bisogna pure por mente alla L. 14, §. 3, D. *de div. temp. praes.* (Kelepe, *De natura poss.* p. 27), e non perder d'occhio nè la L. 11, D. *de acq. rer.* nè Caio, IV, 151.

(5) §. 4, J. *de interd.*

(6) L. 1, §. 1, D. *de utrubi.*

(7) *Rec. sent.* V, 6, §. 1: « In altero vero (sc. in int. utrubi) potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati... possedit ».

(8) Caio, IV, 150.

(9) §. 293. — Un testo di Paolo, *Fragm. Vat.* §. 311, benchè meno esplicito, rafferma questo parere: e forse altresì la L. 11, §. 13, D. *de act. emti*, il cui senso è chiaramente determinato dal suo legamento con l'antico interdetto *utrubi* (Agg. alla 6.ª ed.).

di tale innovazione. — La seconda condizione è una manomessione violenta del possesso; nè questa ha nulla di particolare. — La terza è, che il turbamento non abbia fatto cessare il possesso: principio indubitabile nel dritto giustinianeo, in quanto al quale tutto ciò ch'è stato detto dell'interdetto *uti possidetis*, è pienamente applicabile al presente. Ma ch'era egli da dire, prima che i due interdetti fossero in ciò pareggiati? L'interdetto *utrubi* aveva egli tutte le qualità degli interdetti *retinendae possessionis?* cioè a dire, richiedeva egli pure, oltre al possesso della maggior parte dell'anno (*majoris anni partis*), la esistenza del possesso nello stante della dimanda, ovvero siffatta esistenza non aveva importanza alcuna? Noi siamo ora convinti chè sì, quantunque per motivi affatto diversi da quelli addotti finora in sostegno del medesimo avviso; perciocchè solevano essere allegati dei testi, i quali non provano il minimo che. Eccoli:

A) L. 3, §. 5, D. *ad exhib.* « Sed et si « quis *interdicturus*, *rem exhiberi desideret*, « audietur ».

B) L. 3, §. 12, *eod.* « Pomponius scri« bit, ejusdem hominis recte plures ad exhi« bendum agere posse: forte, si homo pri« mi sit, secundi in eo usufructus sit, *ter« tius possessionem suam contendat*, quartus « pigneratum sibi eum adfirmet (1). Omnibus « igitur ad exhibendum actio competit; quia « omnium interest exhiberi hominem (2) ».

Allegavasi, ch'essendo l'azione *ad exhibendum* destinata in ambidue detti casi per introduzione all'interdetto *utrubi*, deve quindi esser lecito raddomandare egualmente, per mezzo di esso interdetto, il possesso perduto. Ma primieramente, non è necessario riferir questi testi all'interdetto *utrubi*, potendosi parimente intendere il §. 5 di ogni interdetto *adipiscendae possessionis*, nè vedendosi nel caso del §. 12 bisogno alcuno di supporre il dritto ad un'azione possessoria, quando anzi da altri testi si ha che l'azione *ad exhibendum* può bene essere usata di per se medesima, sol che siavi *interesse* e *giusta cagione* (1), e che con queste condizioni poteva da se sola far dare immediatamente il possesso (2). — In secondo luogo, malamente argomentavano: perciocchè, quando bene l'azione *ad exhibendum* potesse veramente esser preparatoria all'interdetto *utrubi*, non perciò sarebbe necessario presupporre la perdita del possesso. Il commodante, per uno esempio, non perde per ancora il possesso, quando il commodatario ricusi semplicemente di restituire, senza commettere un vero furto col manomettere la cosa (*contrectatio*): onde sèguita, che l'azione *ad exhibendum* può bene in questo caso esser preparatoria all'interdetto *utrubi* come ad interdetto *retinendae possessionis*. Ed il medesimo potrebb'essere nel caso del seguente luogo del Codice:

C) Const. 14, C. *de agric.* (Conf. Cod. Teod. IV, 23) (3): « Si coloni, quos bona « fide quisque *possidet* (4), ad alios fugae « vitio transeuntes necessitatem propriae con« ditionis declinare tentaverint, bonae fidei « *possessori* primum oportet celeri reforma« tione succurri: et tunc causam originis et « proprietatis agitari ».

La lezione *possidet*, che per l'autorità di editori tanto degni di fede ha da tenersi per fermo esser tratta da buoni manoscritti, è rifermata dal seguente vocabolo *possessori*, che non può significare altro che *ei qui possessor est*. Un motivo ancor più forte di approvar questa lezione è il contenuto medesimo del testo. — I servi (*coloni*) trattati per molti rispetti, come nel caso della nostra legge, a simiglianza di schiavi (5), eran fuggiti via, e sotto la protezione di un altro allegavano di esser nati liberi: il perchè facea mestieri procedere avverso il loro protettore. Ma non essendo costui possessor dei coloni, quandoch'egli non avea tal volontà, ed i coloni, trattati come schiavi fug-

---

(1) Intendi: « se per avventura l'uomo, ch'è l'obbietto dell'azione, al primo attore appartenga in proprietà (*primi sit*), al secondo in usufrutto, ed il terzo pretenda di averne il possesso, il quarto di tenerlo per pegno ». E per uomo qui, come spesso, s'intende lo schiavo; il quale si sa che non era contato per persona. (Trad.).

(2) Ambidue questi testi son riportati da Pagenstecher, *Admonit. ad Pand.* lib. 43. tit. 31 (ed. di Groninga, 1715, p. 775), e prima di lui da Cuiacio, *Observ.* V, 23, e *Paratitl. in Dig.* tit. *utrubi.*

(1) L. 3, §. 9 — 14, D. *ad exhib.*

(2) L. 5, §. 1, *eod.*

(3) Gotofredo, sulla L. cit. — Klepe, *loc. cit.* p. 25.

(4) Leggono *possedit* sette MSS. parig. del *Volumen*, il MS. di Gottinga, le edizioni Mag. 1477. Basil. 1478; Ven. 1491, 1498; Lugd. 1508, 1512; Parigi 1511, 1515; Stal. Cont., I. Par. 1559; Cont. II, Par. 1562; Russard. — Parimente il Cod. Teod.: ma tratto dal breviario. — Leggono poi *possidet* Cont. III, Par. 1566; Cont. IV, Lugd. 1571; Charondas, Cont. V. Par. 1576; tutte le ediz. di Gotofredo, e dietro esse Gebauer.

(5) Gotofredo, *Paratit. in Cod. Teod.* V, 9.

gitivi, continuando al par di questi ad essere nel possesso dei loro signore (1), chiaro è veramente, che nel nostro testo si tratta dell'interdetto *utrubi* (il che vien provato altresì dalla rubrica del Codice Teodosiano, e significato dalle parole *bonae fidei possessori*, le quali denotano l'eccezioni che possono escludere così questo interdetto come quello *uti possidetis*); ma l'interdetto medesimo è qui, come dapertutto, di quelli *retinendae possessionis*.

D) Finalmente si adduceva Petronio, cap. 15 (2); ov'egli narra che contro ad uno che avea trovata in terra e raccolta una veste perduta, il padron della veste era ricorso all'interdetto. Il qual passo proverebbe veramente il principio, se l'autorità di Petronio potesse alcuna forza avere in sì minuto particolare del dritto civile.

Nessuno adunque de'detti motivi non calza. Ma eccone altri decisivi (3):

A) Teofilo, il quale doveva tuttavia conoscere l'antica forma dell'interdetto, a dichiararla usa espressamente questo esempio: quand'io, dice egli, posseggo una cosa sette mesi, ed un altro la possegga i cinque mesi che *seguono*, io vinco la lite, e quell'altro dovrà *restituirmi* il possesso (4).

B) Se fosse stato altrimenti, molti casi non si sarebbero potuti decidere; come per esempio quello appunto proposto da Teofilo.

Adunque il principio pratico è fuor di dubbio: ma come spiegarne teoricamente l'origine? Vuolsi forse considerare l'interdetto *utrubi* siccome *recuperandae possessionis?* Questo punto e dal più gran rilievo nel nostro modo di vedere gli interdetti possessorii in generale; avvegnachè noi li facciamo dipendere da una *violazione formale*, il quale certamente non ha luogo nell'interdetto *utrubi*, quanto questa e fra quelli *recuperandae possessionis*. Ma si può dimostrare ad evidenza, come i romani non vedessero mai in questo un interdetto *recuperandae possessionis*. Tanto Caio che Paolo, i quali nulla peranco sapeano della nuova forma di questo interdetto, lo nominano espressamente *interdictum retinendae possessionis* allato a quello *uti possidetis* (5). Non molto appresso, Paolo ragiona dell'interdetto *de vi*, e posto il noto principio che non vi si potea ricorrere per cose mobili, egli ricorda un'altra azione che potea tenerne il luogo, in questo caso; ed a tal proposito, mentre avremmo dovuto trovar fatta menzione dell'interdetto *utrubi* innanzi tutto, se mai fosse stato applicato al possesso *perduto* noi non troviamo ricordo alcuno (1).

Ecco come risolviamo la quistione. L'interdetto *utrubi* è *retinendae possessionis*, ma per mezzo di particular finzione (2) si considera il possesso della *maggior parte dell'anno* siccome *attuale* (3). Onde, se l'attore non è insieme possessore attuale, il diniego attualmente fatto di restituir la cosa, costituisce la violazione richiesta. Nulla monta in tal caso, se l'avversario abbia tolto con violenza il possesso dell'attore, o s'egli lo abbia irriprensibilmente acquistato. Bene può darsi che la *major anni pars* e la *vis* coincidano e che ambo gli elementi esistano insieme, ma questo concorso è solamente accidentale (4), e ciò dichiara benissimo la dif-

---

(1) Wenck, *Cod. Theod. lib. V priores*, p. 268, difende la lezione *possedit*, perch'egli vi poggia una falsa nozione del possesso *civile*. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(2) Pagenstecher, *loc. cit.*

(3) Hugo ce li ha fatto avvertire.

(4) Teof. sul §. 4, J. *de interd.* — Caio, IV, 152, propone il caso inverso.

(5) Caio, IV, 148, — Paolo, V, 6, §. 1: « Re- « tinendae possessionis, gratia comparata sunt in- « terdicta, per quae eam possessionem, quam jam « habemus, retinere volumus: quale est *uti pos-* « *sidetis* de rebus soli, et *utrubi* de re mobili ». Per tal rispetto si potrebbe forse difendere quel *possidet* di Caio (§. 150, p. 238, lin. 5), che per mio consiglio fu mutato in *possedit*.

(1) Paolo, V, 6, §. 5: « De navi vi dejectus « hoc interdicto (de vi) experiri non potest: « *sed utilis ei actio de rebus recuperandis, exem-* « *pla de vi bonorum raptorum, datur.* Itemque « de eo dicendum est, qui carruca, aut equo de- « jicitur ... » — Havvi pure un testo affatto simigliante, cavato da Ulpiano (L. 1, §. 6. D. *de vi*); ma non è così decisivo, perchè sospetto d'interpolazione.

(2) Sì fatta finzione e ogni altra spesialtà dell'antico interdetto *utrubi* ci parrebbero probabilmente naturalissime, se conoscessimo tutti i particolari dell'ordine de'giudizii appo i romani.

(3) Troviamo già questo sentimento professato da Wieling, *Fragm. edicti perpetui.* Francqu. 1733, in 4.°, p. 323: « Duplex fuisse hoc inter- « dictum videtur: unum prohibitorium, cujus « verba hoc titulo referuntur: alterum restituto- « rium, quod omittitur ... ceterum retinendae « magis possessionis hoc interdictum fuisse, quam « recuperandae, si proprie et ex arte loquamur: « possessio enim, quae hoc interdicto retineri di- « citur, non est praesens, verum majoris anni par- « tis: ita ut vere retineatur possessio, illa nempe « majoris anni partis, quam dixi: sed recupere- « tur tantum praesens, si tempore interdicti mu- « tata adpareat ».

(4) Questo spiega perchè Paolo nel citato luogo non faccia menzione dell'interdetto *utrubi* nel caso di dejezione.

ferenza essenziale ch'è dal nostro interdetto a quelli *recuperandae possessionis* (1). Ciò non ostante, non neghiamo che il detto concorso, quantunque accidentale, non abbia forse luogo nel più de'casi: in guisa che, quant'è alla pratica, questo interdetto farà pure quello stesso servigio che s' egli fosse *RECUPERANDAE possessionis*. Tale osservazione è particolarmente confermata da ciò, che quando ci sia tolto con violenza il possesso di una cosa mobile, e che noi facciamo uso dell'interdetto entro l'anno, quel che di necessità ci fa vincere, è la conseguente eccezione *vitiosae possessionis*. — Pertanto, la tenace nostra difesa della qualità (*retinendae possessionis*) da noi attribuita all' interdetto *utrubi*, è da riputar di valore puramente teorico: chè quanto all' effetto suo pratico, noi stessi proveremo nel seguente §. che proprio uso di questo interdetto era il tener le veci di quello *unde vi*.

Ragionato finora delle condizioni di questo interdetto, sarebbe ora da trattar del suo effetto; ma questo non ha niente di particolare, trattandosi anche qui principalmente d'impedire il turbamento medesimo del possesso (2), e di fare ottenere i danni ed interessi pel tempo trascorso.

Finalmente, non altro resta che trattar delle *eccezioni* proprie di questo interdetto. — La prima si fonda, siccome nell' interdetto *uti possidetis*, in sulla *vitiosa possessio* dell'attore (3), richiedendosi anche qui per invocarla, che la violenza ec. sia stata commessa contro al convenuto. Questo principio non ammette dubbio alcuno in quanto ai roman dritto moderno (4); e in quanto all'antico, non so come Cupero abbia potuto negarlo (5). Due ragioni egli adduce: la prima è, che Paolo non ripete le parole *ab adversario* (6); a che si risponde, che la stessa pruova varrebbe pel roman dritto moderno, perchè quelle parole nè pur sono nel testo, probabilmente interpolato, delle Pandette (1): per seconda ragione egli dà un argomento *a contrario* (2), che manifestamente val meno ancora del primo. Intanto egli perde affatto d'occhio il testimonio espresso delle Instituzioni, concernente appunto il diritto antico (3); alla qual fonte non si potrebbe in conto alcuno disdire la virtù di far pruova. Del resto, Caio tronca del tutto tal disputa (4). — La seconda eccezione contro l'interdetto *uti possidetis* si riferiva alla prescrizione; la quale non vedendosi ordinata nè dall'Editto medesimo(5), nè dalle Instituzioni (6), pare non potesse egualmente opporsi all' interdetto *utrubi*. Ma il vero è che, nel dritto antico, ell'era assorta dal computo particolare che per detto interdetto facevasi del tempo; e che, nel dritto moderno, essendo pareggiati del tutto i due interdetti, di necessità consegue dover essa aver luogo (7).

§. 40. Dell' interdetto *de vi*.

Fonti particolari:

Cicerone, *Pro A. Caecina*.

Cicerone, *Pro Tullio* (negli *Orat. fragm.* di Cicer. ed. Peyron, Stuttgardt, 1824, in 4.°; p. 96-109.

Caio, IV, §. 154, 155.

§. 6, Inst. *de interd.*
Dig. XLIII, 16.
Cod. Just. VIII, 4, 5.
Cod. Theod. IV, 22.
} V. l' *Introduzione.*

Per la interpetrazione della difesa di Ce-

---

(1) L' osservazione, che segue nel testo, fu aggiunta la prima volta alla 4.ª edizione.

(2) L. 1, pr. D. *de utrubi* «... vim fieri veto ».

(3) Rispetto a questa eccezione, si può dire (più assolutamente che per l' interdetto *uti possidetis*) che il convenuto al quale essa competa, avrebbe dovuto egualmente e mediante lo stesso interdetto *utrubi* vincer la lite, s'egli fosse stato attore. Conf. §. 40 (Agg. alla 5.ª ed., modificata nella 6.ª).

(4) §. 4, in fine, J. *de interd.*

(5) *De nat. poss.* P. 2, c. 7. — Pure i più moderni autori tengono già questa idea come storicamente certa.

(6) Paolo, V, 6, §. 1: « Et in priore quidem « (*uti poss.*) is potior est, qui reddili interdicti « tempore nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* possidet. In altero vero (*utrubi*) potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi, nec clam, nec precario possedit ».

(1) L. 1, §. 1. D. *de utrubi.*

(1) L. 2, D. *uti poss.* « Justa enim an injusta adversus caeteros possessio sit, *in hoc interdicto* nihil refert ». Dunque, conchiude Cupero, importa per l' interdetto *utrubi*.

(3) §. 4, J. *de interd.* « Utrubi vero interdicto « is *vincebat*, qui majore parte ejus anni vi. nec « clam, nec precario ab adversario possidebat. « *Hodie tamen* .... ».

(4) Caio, IV, §. 150: « si vero de re mobili, « tunc eum potiorem esse jubet, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario « ab adversario possedit ».

(5) L. 1, pr. § 1, D. *de utrubi.*

(6) §. 4, J. *de interd.*

(7) Osservazione aggiunta la prima volta alla 4.ª edizione.

cina, oltre all'edizioni delle orazioni di Tullio date dal Grevio ed a quelle pubblicate in Napoli, sarà utile servirsi di alcune stampe e comenti particolari di detta arringa. Citiamo *Jac.* Omphalius (Parigi 1535, in 8.°); Barth. Latomus (Argentor. 1539, in 8.°); e Pet. Pellitarius (Parigi, 1540, in 4.°). Ma il più rilevante lavoro è, Henr. Const. Cras, *Diss. qua spe. jurispr. Ciceron. exhib., S. Ciceronem justam pro H. Caecina causam dixisse ostenditur*, Lugd. Bat. 1769, in 4.°: scrittura profonda, la quale non si contenta di sporre la detta orazione, ma vien dichiarando tutto la materia dell'interdetto. Vero è che tutto ciò non ha provato, aver Cicerone difeso una causa gran fatto giusta.

Ferd. Gotth. Fheck, *Comm. binae de interd. unde vi et remediis spolii*. Lips. 1797, in 8.° (V. l'*Indroduz.*) — La sola prima parte del libro fa al proposito nostro; la quale anche, salvo alcune aggiunte di niun momento, è una copia di Cras.

Colui, il quale per altrui violenza avesse *perduto* il possesso, raddomandavalo diversamente, secondo che la violenza era stata fatta con armi o senza. Perciò sono ordinariamente ammessi due interdetti differenti, quello *de vi quotidiana*, e quello *de vi armata*: ma nel vero non vi avea che un solo interdetto *de vi*, il quale s'adoperava quando semplicemente (*int. de vi*, senz'altra aggiunta), e quando con alcune clausole più rigorose contro al convenuto (*int. de vi armata*) (1). La violenza ordinaria, quella che occorreva alla giornata, e comprendeva casi regolari, appunto perciò non avea nome particolare: Cicerone in qualche luogo la chiama *vis quotidiana*, per meglio contraddistinguerla, ed allora egli dà all'interdetto il nome di *quotidianum interdictum* (2); ma questi son termini descrittivi, non tecnici. Diversa poi del tutto è la introduzione anticamente richiesta al processo propriamente vendicatorio, la cui forma si fondava principalmente sopra una violenza simbolica, ciò era la *deductio quae manibus fit* e le *manus consertae*: alle quali finzioni Aulo Gellio dà nome di *vis civilis* e *vis festucaria* (3). Quivi gli atti di violenza eran solo finti ed apparenti, dovechè per contrario l'interdetto *de vi* non era mai dato se non per verace ed effettiva violenza, foss'ella fatta con armata mano, o pur no. I nostri giureconsulti hanno quasicchè sempre confuso la detta *vis civilis* con l'anzidetta *vis quotidiana*, ed han considerato ora l'interdetto *de vi* come parte delle *manus consertae*, ora la *deductio quae manibus fit* siccome un rito appartenente agli interdetti: il perchè la intelligenza di cotali instituzioni giuridiche si rende ad essi impossibile (1).

La distinzione de' due gradi di violenza riconosciuto nell'interdetto *de vi* era ancora osservata al tempo de' giureconsulti classici; ma poichè Giustiniano ne tace (2), mai sapremmo, non che altro, affigurar le tracce dell'antico diritto ne' frammenti di essi giureconsulti (3), se Cicerone non ce ne avesse bastantemente informati. Il roman dritto moderno stabilisce per l'interdetto *de vi* (4) un solo principio, concor-

---

(1) Si posson paragonare i due casi a un *mandatum cum clausola* ed uno SINE *clausola*.

(2) Cic. *Pro Caec.* 31, 32.

(3) Gellio, lib. 20, c. 10, in fine.

(1) Ho io dichiarato questo particolare con apposito trattato, nel *Giornale per la giurispr. istorica*. t. 3, p. 421 e seg. — Ivi chiamo *lis vindiciarum* il procedimento simbolico che apriva la vendicazione: ma ora, dopo scoverto Caio, son convinto ch'errai (Caio. IV. §. 16, 91, 94). — La confusione da me sindacata nel testo sembra scusabile per ciò, che potemo realmente esservi casi, ne' quali al medesimo fine si usassero l'interdetto e le *manus consertae*. Infatti, chi voleva ricuperare un fondo a lui tolto, poteva bene in ordine alla vendicazione far distribuire le parti di attore e di possessore mediante le *manus consertae*, il qual procedimento probabilmente rimettevalo ancora nel suo possesso, per modo di provvisione: ma egli poteva egualmente cominciar con l'interdetto, e l'atto simbolico, che forse anche allora avea luogo, era in tal caso di pura forma: perciò lo sperimento dell'interdetto decideva già tutto quanto occorreva ad aprire il processo vendicatorio.

(2) Sola una differenza si ha nelle Pandette: questa è che a' figliuoli avverso i genitori ed agli affrancati avverso gli antichi padroni si concede l'interdetto *de vi armata*, ma si nega quello *de vi*, sostituendovi un'azione *in factum* (L. 1, §. 43, D. *de vi*). Ma due altri testi negano a costoro l'interdetto all'intutto (L. 2, §. 1; L. 7, §. 2, D. *de obsequ.*); e d'altra parte si sa che la differenza tra interdetto ed azione al tempo di Giustiniano si contava tra le antichità.

(3) La L. 1, D. *de vi*, risguarda al caso della *vis quodiana*; la L. 3, *ib.*, a quello della *vis armata* (Cuiacio, su Paolo, V, 6, § 3). Questo spiega pure la rubrica posta nelle Pandette, *de vi et de vi armata*. — Le tracce a noi note de' principii dell'antico dritto in particolare, si vedranno più in là.

(4) L'interdetto *de vi* si fonda anche oggi in sulla regola semplicissima dell'Editto: *unde illum vi dejecisti, id illi restituas*: alla qual formola dell'interdetto riferivasi appunto il tenor della risposta del reo. Potea questi negare il fatto alle-

dante in parte con la *vis armata* e in parte con la *vis quotidiana* dell'antico diritto: ma poichè la stessa antichità non facea tra queste due instituzioni altra differenza che di taluni particolari, basterà nella sposizione del dritto moderno additar le disposizioni abrogate dello antico.

Prima condizione di questo interdetto è, che l'attore abbia avuto il possesso giuridico nel tempo della *dejectio* (1). E ch'ella sia indispensabile nel dritto moderno, non si può dubitare, perciocchè le nostre fonti con egual precisione dichiarano da un lato che il possesso *giuridico* è necessario, dall'altro che per ricorrere a questo interdetto non è di bisogno il possesso *civile* (2). Quant'è a sapere che cosa l'antico dritto ordinasse sopra la detta condizione, molte difficoltà s'incontrano. Cicerone pretende espressamente che l'interdetto *de vi armata* non dipenda *in modo alcuno* dal possesso (3): la qual sentenza mi par che richiegga alcune considerazioni.

Ecco brevemente il caso, in cui Cicerone avvoca per lo attore. Cecina pretende aver redato tal podere, di cui Ebuzio si afferma proprietario per altre cagioni: e volendo il primo entrar nel fondo, ch'ei sostiene esser suo, gli è conteso da Ebuzio spalleggiato da molti armati. È più che probabile che Cecina non ancora fosse entrato in possesso, quandochè Cicerone allegando il possesso del suo cliente, che pur sarebbe stata la circostanza più decisiva di tutte, il fa solamente in fine dell'arringa e come per un soprappiù (4), di guisa che benissimo trasparisca la sua intenzione di non fermarvisi più che tanto: anzi quel poco medesimo, che glie ne vien detto, ci dà più d'uno appicco a sostenere in contrario che Cecina, come abbiam detto, non fosse stato mai possessore (1). Or se così veramente era, non potea vincer Cecina la causa se non quando il giudice avesse riputato il suo possesso non esser necessario per questo interdetto. L'avvocato dunque avea per propria impresa di colorar tale errore il meglio che potesse, e questo appunto Cicerone fece; ma per questo medesimo non dev'egli qui esser citato come storica autorità (2). Una espressione però, usata dall'autore nel luogo citato, richiede particolare spiegazione: « Cur ego aut in illud quo« tidianum interdictum, *unde ille me vi deje« cit*, additur, *cum ego possiderem*, si dejici « nemo potest, qui non possidet; aut in hoc « interdictum, *de hominibus armatis*, non ad« ditur, si oportet quaeri, possederit, nec « ne? » Cicerone allega qui il linguaggio de'tribunali, il quale essendo generalmente noto, pare impossibile ch'egli lo abbia falsato: è piuttosto da credere che nel detto linguaggio fosse qualcosa, da cui si potesse cavar partito con una falsa interpetrazione. Ecco forse come la cosa si spiega. Dimandavasi l'interdetto *de vi* ne'casi ordinari, vale a dire quando nessun'arme fosse stata adoperata, mediante questa formola: « *unde ille me « vi dejecit*, *cum ego* nec vi, nec clam, nec « precario ab illo *possiderem* (3) ». Ondechè tutta l'aggiunta consisteva nelle tre note ec-

---

gato dall'attore, verbigrazia la *dejectio*, ovvero coprirsi con una eccezione, dicendo pur sempre, « *se illum restituisse* ». Cicer. *Pro caec.* 8; conf. 19, 21, 28, 29, 32. — Le Pandette mutarono il *restituas* dell'Editto in *judicium dabo*. Conf. *Zeitsch. etc.* t. 3. p. 306.

(1) Del qual fatto la pruova si regola al modo già detto per gli interdetti possessorii in generale.

(2) L. 1, §. 9, 10, 23, D. *de vi*. — L. 4. §. 28, D. *de usurp.* — Vuolsi però notare, in questi ultimi tempi essere stato sovente sostenuto che il possesso richiesto per l'interdetto *de vi* era diverso e di più facil pruova che quello necessario all'interdetto *uti poss.*: e segnatamente, che la semplice detenzione del fittaiuolo, del commodatario ec., bastasse a dar dritto all'interdetto *de vi*. Conf. la fine del §. 10 (Agg. alla 6.ª ediz.).

(3) *Pro Caec.* 31, 32.

(4) *Ibid.* 32.

(1) Sono soprattutto da considerar le parole: « Caesenniam possedisse *propter usumfructum* non negas », perch'esse tolgono ogni peso a queste altre: « Caecina... *venit* in istum fundum, *rationes a colono accepit*, sunt *in eam rem* testimonia », le quali non contengono alcun fatto di prendimento di possesso, perciocchè il conto era stato renduto soltanto per lo passato. Cras medesimo trova tanti ostacoli nelle parole *propter usumfructum*, che del tutto le leva; espediente usato già da taluni editori, ma non giustificato da verun manoscritto (V. la nota di Beck, nelle sue *Opere*, vol. 2, t. 2, p. 308, ed. Lips. 1800, in 8.°).

(2) Perciò Cras non ardisce difendere questo luogo dell'autore (sola volta che siffatto ardire gli manchi), ma si contenta di provare a dilungo, non doversi per un cattivo argomento tener tutta cattiva una causa. — Gifanio (sul Cod. tit. *unde vi*) di questo testo pensava il medesimo.

(3) Che sì fatta fosse la formola, due riscontri ne abbiamo: 1.° Cicerone *Pro Caec.* 32: « ... ne « Id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, « ut *nec vi*, *nec clam*, *nec precario possederit* »: 2.° un passo della legge *Thoria*, in Sigonio *De antiq. jur. Ital.* II, 2: « quod ejus is qui eje« ctus est possederit, *quod neque vi*, *neque clam*, « *neque precario possederit ab eo*, *quei eum eo « possessione vi ejecerit* ».

cezioni, e per cagion di queste vi stanno le parole *cum ego possiderem*, non punto a fine di designare il possesso giuridico, il quale era già bastantemente espresso con le parole *unde me dejecisti* (1). Quando per contrario si fossero usate armi, non si potevano in alcun caso proporre le dette eccezioni, e levavasi tutta la giunta *cum ego possiderem*, sebbene il possesso non fosse manco necessario per fondamento dei dritto all' azione. Pare dunque assai probabile che Cicerone avesse profittato di detto levamento, e trattane una conseguenza tanto vana in se stessa, quanto ell'era indispensabile alla causa di Cecina. — I nostri giureconsulti hanno generalmente avuta per vera l'asserzione di Cicerone, e quindi conchiuso che la semplice detenzione, senza possesso giuridico, fosse stata la condizione di questo interdetto nel caso di armata mano (2): ma quell'oratore in primo luogo non fa menzione alcuna di tal distinzione, e poi non è possibile ch' egli si avvisasse di farla nel caso da lui difeso. Infatti, Cecina non era mica un fittaiuolo, del quale si fosse negato il possesso giuridico; ma il suo caso era di qualità, che o egli aveva il possesso giuridico, o non avea pur la semplice detenzione: cosicchè non v'era nel possesso luogo alcuno all'anzidetta distinzione. — Contenendo il presente passo di Cicerone tutto ciò che noi abbiamo sopra questo particolare, il volervi a forza ficcare la detta distinzione è troppo grave licenza, e da non comportare. — Bello è vedere come Westphal si cava d'ogni impaccio (3): egli ritiene per letteralmente vera l'asserzione dell'oratore, e per una conseguenza allor necessaria egli dichiara l'interdetto *de vi armata* essere insieme un interdetto *adipiscendae* e *recuperandae possessionis*.

La seconda condizione del presente interdetto è che il possesso sia stato tolto con *violenza*. Non ogni violenza però, come per gli interdetti precedenti, è sufficiente per questo; ma bisogna ch'ella sia atroce (*atrox*)(4).

(1) È anche confermato questo sentimento da quel luogo di Cicerone (*Pro Tullio*, c. 44): « Deinde additur illius causa quicum agitur *cum ille* « *possideret*, et hoc amplius, quod *nec vi*, *nec clam*, « *nec precario possideret* ». (Agg. alla 5.ª ediz.).

(2) Per es. Cujacio, su Paolo V, 6, §. 3, e sulla L. 18, D. *de vi*. — Egli giunge fino a dar questo principio per dritto vigente!

(3) Tratt. *Della divis. delle cose*, §. 213.

(4) L. 1, §. 3, D. *de vi*: « Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum ». Westphal traduce: *una violenza mezzana*; ma ei sbaglia la misura.

Vero è che il termine *vis atrox* non dinota una ingiuria spezialmente brutale, come a dir battiture o ferite (1); sì bene tal violenza, che faccia impossibile la continuazion del possesso (2). Ecco perchè questa violenza è più *direttamente* e più *compiutamente* esercitata contro alla persona, che non quella apportante un semplice turbamento e sufficiente agli interdetti conservativi (*retinendae poss.*): ed in questo senso pure la si può considerare come un *grado* superiore di violenza, bench'essa riscontrisi con l'anzidetta in ciò, che ambedue determinano esteriormente la volontà del possessore, e quindi offendono la personale libertà (3). La violenza dunque direttamente usata contro alle persone è la condizione, per cui questo interdetto si contraddistingue da' conservativi: nulla poi montando, in dritto moderno, se vi sieno adoperate armi, o se no.

Per terza condizione, l'autor della violenza dev'essere stato il convenuto medesimo. — Questa regola, però, ha più eccezioni:

A) il consentitore della violenza, per esempio, che abbiane incaricato un altro, incorre nelle obbligazioni medesime dell' operatore. — Ecco la storia di questo principio (4). L'interdetto in origine diceva: *unde tu ... dejecisti:* della qual forma dell'Editto molti convenuti abusavano, allegando che non essi, ma altri (sebbene mandati da loro) aveano scac-

(1) Perciò il seguente testo di Cicerone non contraddice alla nostra regola (*Pro Caec.* c. 16): « Cum « de jure et legitimis hominum controversiis lo- « quimur, et in his rebus *vim* nominamus, *per-* « *tenuis vis intelligi debet* ».

(2) L. 1, §. 29, D. *de vi*: « Pomponius ait, « *vim* (sc. in hoc interdicto) sine *corporali vi* « locum non habere ». (*V.* p. . .) Ulpiano non nega questa proposizione, ma sol ne determina l'applicazione: secondo lui, non dee far differenza alcuna se la *corporalis vis* sia stata effettivamente *esercitata*, o se *minacciata e assentata*; anzi l'interdetto *uti possidetis* nè pur detto scansamento richiedeva. — La L. 3, §. 1, D. *quod met. causa*, contiene un'altra pruova della nostra spiegazione della *vis atrox*: « Vim accipimus atrocem »: ch'è quanto dire che tale idea appunto si ha della *vis atrox* nello Editto. Ma altri testi spiegano la violenza, di cui questo Editto parla (*vis atrox*), in questi termini: « Vis enim fiebat mentio, propter ne- « cessitatem impositam contrariam voluntati » (L. 1, *eod.*), e: « Vis autem est majoris rei impetus, « *qui repelli* non potest ») L. 2, *eod.*).

(3) Tutta questa sposizione del testo fu aggiunta alla 6.ª edizione.

(4) La storia di detto principio fu aggiunta alla 5.ª edizione.

ciato il possessore. A cessar tali cavillazioni i pretori aggiunsero quest'altra formola all'Editto: *unde dolo malo tuo . . . vi detrusus est*: cosicchè l'anzidetto caso vi si trovava espressamente previsto, e l'attore poteva scegliere tra le due formole (1). Dipoi, l'originario termine *dejecisti* fu interpretato in modo, che vi capesse anco il caso *dejici fecisti*: tantochè la seconda formola del pretore diventò soverchia, e passò in uso di contentarsi dell'antica (2).

B) L'erede è tenuto per quel tanto, che egli abbia guadagnato dalla violenza (*in id quod ad eum pervenit*) (3), o ch'egli abbia guadagnato senza dolo (4). Non così colui, ch'è detto *singularis successor*, per esempio il compratore della cosa, ond'altri sia stato spossessato; perchè questo non soggiace ad obbligo alcuno (5).

C) Un padrone, senza saputa del quale lo schiavo avesse usata la violenza, portava nondimeno doppia obligazione: primieramente di rispondere all'interdetto (parimente che ad ogni altra azione *ex delicto*) come ad azione *noxalis*; e poi di restituire ciò ch'egli avesse guadagnato della violenza del suo schiavo (*id quod ad eum pervenerat*) (6). Anzi quest'ultima obbligazione si estende a tutti quei casi, ne' quali uno abbia acquistato alcuna cosa per immediato effetto della violenza esercitata da un altro in suo nome, o mentre ch'era suo dipendente (7).

Quarta condizione è, che l'atto violento abbia fatto perdere il possesso (8), cioè che possa tenersi per vera *dejectio* (1). Noi abbiamo già sopra esaminato i vari modi della perdita del possesso per fatto fisico (*corpore*): onde basta dire, il modo qui richiesto esser la *violenza esercitata da un altro*. Nè malagevole è diffinire se cotal fatto realmente ci sia stato. Così per esempio, nulla monta se la violenza abbia effettivamente avuto luogo, o se il spossessato l'abbia scansata per giusto timore di pericolo presente, non già futuro (2); nè punto importa se il possessore sia stato messo fuori della sua casa, ovvero impedito di entrarvi (3): le quali due regole congiunte insieme mostrano chiaro che colui al quale, stando egli assente, sia stata occupata la casa, può come *dejectus* ricorrere all'interdetto, contuttoch'egli per avventura non abbia pur provato di salvar con la forza il proprio possesso (4). Per contrario, non ha mai luogo l'interdetto, quando il possesso si trasmetta per via di tradizione: ondechè, quando bene la tradizione fosse fatta per paura, si potranno sperimentare altre azioni (5), ma non già questo interdetto (6).— I principi dunque propri della dejezione si potranno senza difficoltà applicare alla maggior parte de'casi: ma v'è tal caso, che vuol essere ancora particolar-

(1) Così racconta Cicerone *Pro Tullio*, c. 29, 30, 44, 46. La formola antica si ha nel c. 44, la nuova a c. 29: l'oratore l'avea ripetuta a c. 46, ma il MS. presenta un vuoto. Il capo 46 non altro è dunque, che il 29 rimpastato; e grande errore sarebbe il volerlo riferire all'interdetto *de vi armata*.

(2) L. 1, §§. 12-15; L. 3, §§. 10-12, D. *de vi*.

(3) L. 1, §. 48; L. 3, pr.; L. 9, pr., D. *de vi*. — Const. 11, C. *de poss.*

(4) L. 2, D. *de vi*.

(5) L. 3, §. 10, D. *uti poss.*

(6) L. 1, §. 11, §§. 15. 19. §. 21, D. *de vi*.

(7) Applicazioni: *A*) L. 4, D. *de vi*: « Si vi « me dejecerit quis nomine municipum, in mu« nicipes mihi interdictum reddendum Pomponius « scribit: *si quid ad eos pervenit* ». — *B*. L. 1, §. 20, D. *de vi*: « Si filius familias vel mercena« rius vi dejecerit, *utile interdictum competit* »: cioè contro al *conductor* dello schiavo, oppure al padre di famiglia, *in id quod pervenit*; perocchè di costoro si ragionava. — La L. 16, *de vi*, non fa ancora al nostro proposito.

(8) L. 1, §. 43, D. *de vi*.

(1) *Dejicere* era già il termine tecnico al tempo di Cicerone. Usavasi per innanzi *detrudere*, come si ha dallo stesso Cic. Pro *Caec.* 17: e vedesi ancora usato nella L. 4, §. 27, D. *de usurp.*

(2) Nel qual modo sono da conciliare quei termini de'giureconsulti, che paiono contraddirsi (*a*).

(3) Il primo de'quali casi esprimesi con dire: *Ex aliquo loco dejicere*; il secondo: *Ab aliquo loco*, e tutti e due insieme: *Unde dejecisti*. Cicer. *Pro Caec. 30, 31.*

(4) *V*. principalmente la L. 3, §. 8, 9, D. *de poss.*

(5) L. 9, pr. D. *quod metus* (Ulpiano, lib. 11, *ad Edict.*): « Sed et si per vim possessionem tra« didero, dicit Pomponius hoc (huic) edicto (sc. « *quod metus*) locum esse ».

(6) L. 5, D. *de vi* (Ulp. *ibid.*): « Si rerum « tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, « unde vi interdictum cessare, quoniam *non est* « *vi dejectus, qui compulsus est in possessionem* » *inducere.* » — Cras pag. 18, nota 1, avvisa, questo testo e quello addotto nella nota precedente averne fatto un solo, e che però qui sarebbe da leggere « *Si per vim etc.* » — Il quale avviso a me sembra molto plausibile. — Conf. Dirksen, *Abandl.* I, 431.

(*a*) Alcuni dicendo, non doversi tener come violentemente discacciato chi non avesse aspettata la violenza (*non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi*): altri affermando, *vim sine corporali vi locum non habere* (*V*. §. 31). (*Trad.*)

mente considerato. Quand' uno, avendo perduto il possesso per violenza, subito dopo con pari violenza il riprenda, si fa ragione ch'egli non abbia mai cessato di possedere (1): i fatti dunque, occorrenti in questo caso, non sono considerati come duplice dejezione, ma come un solo atto indivisibile, nel quale il possessore difenda il suo possesso con la forza. Tale aspetto della cosa è di gran momento nella pratica: perciocchè se due dejezioni vi si vedessero, non si potrebbe sostener la legalità della seconda altramente, che opponendo una eccezione all'interdetto dell'ultimo spossessato; ma siffatta eccezione non è più ammessa dal dritto moderno (2). La L. 17 *de vi* toglie via la necessità di tal eccezione, col torre di mezzo quel fatto (la *dejectio*) che solo poteva dar dritto all' interdetto; e così la legalità della violenza adoperata al racquisto viene ad essere una conseguenza del comun dritto della difesa (3). Questa regola riceve un'applicazione importante, allorchè si tratti di possesso di stabili occupato durante l' assenza del possessore: avvegnachè costui non dal momento della occupazione, ma sol da quello in cui con la violenza gli sia tolto di poter rientrare ai suoi fondi, cioè per solo effetto della dejezione, perde il possesso (4); tanto che riuscendogli di forzar l'avversario a sgombrare, nessuna dejezione s' intende esser seguita, nè ch'egli abbia punto perduto il possesso, ma soltanto avuto a difenderlo: e quindi la legalità del suo procedere non è soggetta al menomo dubbio.

La quinta condizione risguarda l'obbietto del possesso, richiedendo che si tratti di cosa immobile (1). Vero è che per le cose mobili vi sono sì forti ragioni di proteggerne il possesso, come per le stabili, e che iniquo sarebbe il negare al possessor di mobili l' aiuto di un interdetto o di qualunque altra azione, la qual tenesse vece dell' interdetto *de vi*. Ulpiano nomina tre azioni, da tener pienamente la detta vece; l'azione *furti*, quella *vi bonorum raptorum*, e quella *ad exhibendum* (2). Ma l'azione *furti*, del pari che il furto stesso dalla cui esistenza ella dipende, presuppongono delle circostanze poco importanti al possesso considerato in se medesimo; ciò sono il *lucri animus*, la *contrectatio*, e nella persona dell'attore uno *interesse* fondato in qualche altro dritto (3): e il simile si dica della *condictio furtiva*, dal romano giureconsulto passata sotto silenzio. L' azione *vi bonorum raptorum* dipende parimente dalla esistenza del predetto interesse fondato sopra altro diritto (4), ed anco dalla intenzione, che il reo abbia avuta, di manometter siffatto diritto, (oltre il possesso) (5). L'azione *ad exhibendum* può veramente usarsi indipendentemente da ogni altra azione, ma richiede anch' essa la esistenza del medesimo *interesse* che abbiamo trovato necessario per le azioni onde abbiamo discorso (6). Ciascuna dunque di queste tre azioni è subordinata a condizioni estranie al dritto di pos-

---

(1) L. 17, D. *de vi*: « Qui possessionem vi « ereptam, vi in ipso congressu recuperat, *in pri-* « *stinam causam reverti potius quam vi possidere* « *intelligendus est:* ideoque si te vi dejecero, il- « lico tu me, deinde ego te: unde vi interdictum « tibi utile erit ». Il caso accennato nelle ultime parole, non può esser spiegato se non quando si tratterà delle eccezioni.

(2) La L. 3, §. 9, D. de vi, primieramente non altro dice, se non che « siffatto proceder del possessore si ha per legittimo »: la quale legittimità potendosi spiegare eziandio per mezzo della eccezione, non se ne dovrebbe di necessità conchiudere la verità della regola significata dalla L. 17 *de vi*. Ma perocchè la *vis armata*, di cui parla il nostro testo, non ammetteva la eccezione, e che la restrizione « *sed hoc confestim, non ex intervallo* » sarebbe in essa eccezione al tutto falsa, detto testo non si può intendere altro che secondo quella regola: la qual dunque è da esso provata non meno che dalla citata L. 17.

(3) L. 1, §. 27, 28, D. *de vi*.

(4) L. 6, §. 1, D. *de poss.*

---

(1) L. 1, §. 3—8, D. *de vi*. — Paolo. V, 6, §. 5.

(2) L. 1, §. 6, D. *de vi*: « Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere. Nam *ex causa furti*, vel *vi bonorum raptorum* actio competit: potest et *ad exhibendum* agi ». (Agg. alla 4.ª ediz.) Il qual testo (con interpretazione comunicatami da Hugo, e solo in parte pubblicata nell' *Indicatore di Gottinga 1818*) spongo così: *Ex causa* significa « secondo le circostanze del caso », e non regge punto il genitivo *furti* (a); onde il senso è, che secondo le circostanze si dà l'azione *furti*, ovvero quella *vi bon. rapt.*, o anche quella *ad exhib.* Poco monta che l'azione *furti* non sia *rei persecutoria*, perciocchè essa è sufficientissima a far salvo l'interesse dell' attore. Del resto, comunque il detto testo s' interpetri, la enumerazione non riesce mai compiuta.

(3) L. 53, §. 4; L. 71, §. 1, D. *de furt.*

(4) L. 2, §. 22—24, D. *vi bon. rapt.* — §. 2, J. eod. — Sola differenza è, che qui si usa manco rigore che non in quanto al *furtum*.

(5) L. 2, §. 18, D. *vi bon. rapt.* — §. 1, J. *eod.*

(6) L. 3, §. 9, 10, 11, D. *ad exhib.*

(a) Il quale, secondo questa interpetrazione, dipende da *actio*. *(Trad.)*

sesso: tanto che si possono figurar de' casi di violazione del possesso, ne' quali si dovrebbe senza dubbio conceder l' interdetto *de vi*, se l'obbietto del possesso fosse immobile, e nondimeno, per esser l'obbietto mobile, il possessore non abbia azione alcuna per aiutarsi. Del qual vuoto non si maraviglierà chi ben ripensi il saggio da noi fatto più sopra, di dedurre gl' interdetti dalla storia generale del possesso. Se non che, molti autori esiteranno forse ad ammettere la nostra ipotesi; ed altri potrebbero pensare ch' ella non ispieghi tutto, quandochè nel trasformare il possesso nell'attuale instituzione giuridica, si avrebbe pure dovuto aver risguardo a tutto ciò che siffatta trasformazione poteva render necessario. Il perchè cercheremo di spiegar questo vuoto con l' aiuto altresì delle nostre fonti del dritto. Le tre azioni da Ulpiano additate per compimento dell' interdetto *de vi* in quanto alle cose mobili, sono più antiche degl' interdetti: ond' esse, quando questi furono introdotti, avevano esaurito la maggior parte de'casi di perdimento del possesso di mobili. Ora, gl' interdetti, come tuttoquanto l' Editto, non essendo frutto di raziocinio, ma resultamento di manifesti bisogni, era naturale che per alcuni rari casi che potevano occorrere in quanto al possesso de' mobili non si ordinasse un particolare interdetto recuperativo, contuttochè rigorosamente anche in questi pochi casi avesse dovuto esser protetto il dritto del possesso. Tale spiegazione vien confermata dal seguente particolare. Colui che rappresenta un altro nel possesso di una cosa mobile, può slealmente far suo proprio il possesso: ma il dritto romano ordina espressamente che siffatto acquisto del possesso da una parte, e perdimento dall'altra, debbano esser preceduti da tale atto, che costituisca ancora un furto (1). Un motivo di questa particolar disposizione potrebb' esser questo, che il legislatore abbia voluto non si perdesse il possesso, se non quando la cosa, per esser *furtiva*, non ammettesse usucapione: ma un secondo motivo, ch' è più generico assai, par che si accordi con la nostra spiegazione. Perciocchè, il possesso non perde il possesso, e quindi l' interdetto *utrubi*, se non quando per il furto del rappresentante egli abbia acquistata una nuova azione, per modo che la detta disposizione ha per iscopo di restringere il numero di que' casi, ne' quali il violato possesso de' mobili non dà fondamento ad alcuna particolare azione. — Così la cosa si spiega, quando anche si voglia rigorosamente stare al citato testo di Ulpiano. Ma fondandoci, anzi che su quel testo, sul proprio ordine del dritto romano, tutto si spiega anche meglio e più compiutamente per mezzo dell' antica forma dell' interdetto *utrubi*, la quale faceva appunto quello effetto, per cui vanamente noi cerchiamo ora uno interdetto. In fatti, l' interdetto *utrubi* dava vinta la causa a colui che nell'anno addietro avesse posseduto la cosa mobile più lungo tempo dell'avversario, ma vietava che alcun dei due mettesse in conto il possesso *vizioso* (1): ond'è che se l'uomo violentemente spossessato di cosa mobile, intentava l'azion possessoria entro l'anno, egli era sicuro di vincere, perchè il suo possesso era certamente di tempo maggiore che non quello dell'avversario, il quale per la fatta violenza riputavasi al tutto non possedere. Questo interdetto adunque veniva a fare per le cose mobili lo stessissimo effetto, che quello *de vi* per le immobili, sol che fosse osservato il termine della prescrizione annale. Nè si può opporre che Ulpiano, nel sopradetto testo, non citi l' interdetto *utrubi*, che pure avrebbe dovuto andare innanzi tutto; perciocchè essendosi tale interdetto nel dritto di Giustiniano interamente trasformato, egli era ben naturale che nelle Pandette si tralasciasse tutto ciò che ne' frammenti de' giureconsulti ricordava l'antica sua forma (2).

La nostra sposizione dunque mostrerebbe che il vuoto, di cui qui si ragiona, non era punto nell' antico diritto, ma che poi fu nel dritto giustinianeo, per la trasformazione in questo avvenuta dell' interdetto *de vi*. Ma nè pur questa seconda asserzione sarebbe esatta; perciocchè già molto innanzi a Giustiniano era stato provveduto alla difesa di colui che fosse spossessato di cosa mobile, lasciando l' interdetto *de vi* uscire da' limiti dei soli beni immobili, ed il dritto giustinianeo tale interdetto concede, senza distinzione alcuna, tanto pe' mobili quanto per gli stabili. — In fatti Valentiniano ordina che la violenta usurpazione del possesso di qualsivo-

(1) L. 4, §. 18, D. *de poss.*

(1) Caio, lib. IV, §. 150: « Si vero de re mobili, tunc eum potiorem esse jubet, qui majore « parte ejus anni *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* « ab adversario possedit (*possidet*) ».

(2) Questa spiegazione, fondata nell' interdetto *utrubi* fu aggiunta alla 4.ª ediz.

glia cosa abbia due conseguenze: la prima è la restituzion del possesso; l'altra, come punizione della violenza, è la perdita della proprietà, quando il reo sia proprietario, quando no, lo sborso della valuta della proprietà (1). Delle quali due obbligazioni la prima appartiene al nostro proposito, contenendo essa un assoluto allargamento dell'interdetto *de vi* alle cose mobili. Nè solamente la congiunzione di detta obbligazione con l'interdetto, la qual si vede nelle fonti medesime (2), ci pruova che gli stessi legislatori la guardavano sotto quello aspetto, cioè come semplice modificazione dell'antico interdetto *de vi*; ma eziandio questa circostanza, che non si diffinisce altro circa le condizioni dell'applicazione di detta regola: il qual silenzio sarebbe inesplicabile in disposizione di tanto momento, se non vi s'avesse a vedere un tacito rimando alle note condizioni dell'interdetto *de vi*.

(Agg. alla 4.ª edizione). Questa nostra maniera di vedere, che abbiamo stabilita circa l'efficacia delle leggi concernenti l'abuso di farsi giustizia da se medesimo sull'interdetto *de vi*, è proprio quella stessa da noi sposta nelle tre precedenti edizioni. Ma avendola non ha guari Thibaut contraddetta in apposita dissertazione (3), abbiam creduto nostro debito di sottoporla a nuova disamina, e render minuto conto del resultamento de' novelli nostri sforzi. — Thibaut dice in sostanza, le Pandette ordinare espressamente che l'interdetto *de vi* si applichi a' soli stabili; e se poi il Codice e le Instituzioni pongono affatto ad esso interdetto le pene contra il reato di farsi ragione da sè, di questo non esser da fare gran caso in una raccolta di leggi così affastellata com'è quella di Giustiniano. Dover prevalere le Pandette; e però l'interdetto aver serbato sua prima natura, e solo accidentalmente essersi con esso accompagnate le pene che si minacciono all'abuso di farsi giustizia da sè. Adunque, l'usurpazione violenta de' mobili ora, come anticamente, dar luogo soltanto ad azioni, cioè a dire al procedimento ordinario, e non punto a quello sommario degli interdetti. — La prima cosa, determiniamo bene l'oggetto della controversia. Questo non può certamente essere se ne' casi qui discorsi abbia a procedersi per via sommaria, ovvero per la ordinaria. Tutto ciò ch'era particolare al processo degli interdetti, scomparve affatto nel dritto di Giustiniano: ed anche prima, la differenza che pur era dagli interdetti alle azioni (sebbene non giammai quella che distingue il processo sommario dall'ordinario), fu sempre secondaria, e certamente un nulla appetto di quella che è dall'avere al non avere dritto all'azione. L'oggetto dunque della disputa non è, a creder nostro, la forma in cui s'abbia a procedere pel rapito possesso de' mobili: ma piuttosto quest'altro. Gl'interdetti *de vi*, *uti possidetis* ed *utrubi* possono, senz'alcun dubbio, far vincere la causa a tale, che nessun dritto abbia alla cosa; anzi ancora a chi nessuno pretenda di avervene; e per fino a colui che nel più reo modo s'abbia procacciato il possesso, per esempio col mezzo della forza, e che di ciò sia confesso. Questo principio, non contrastato da alcuno, costituisce la qualità distintiva delle azioni possessorie; e pur così sarebbe stato, quand'anche coteste vie giudiciali fossero state sempre azioni e non mai interdetti. Ma quando ci sia tolto a forza il possesso di una cosa mobile, nasce quistione del come questo caso abbiasi a governare. Perciocchè se si vorrà stare a' principii che reggono gl'interdetti possessorii, noi sarem rimessi nel possesso, quando bene il tenessimo senz'ombra di dritto. Se per contrario i detti principii sono respinti, noi non riavremo il possesso nè per la via sommaria nè per la ordinaria: perciochè, volendo usar la vendicazione, ci bisognerebbe aver la proprietà della cosa; per intentar l'azione *furti* e *vi bonorum raptorum*, dobbiamo egualmente esser proprietari, o aver qualche altro dritto reale, o pure tal dritto godere per un altro, come fa per esempio il fittaiuolo; per poter ricorrere all'azione *ad exhibendum*, ci è d'uopo avere un interesse relativo alla cosa e

(1) L. 3, Cod. Theod. *unde vi*. — Const. 7. C. Just. *eod.* (Non v'era di speciale altro che l'*occasione*, per cui la legge era stata fatta: la *disposizione* era tutta *generale*). — §. 1, J. *de vi bon. rapt.* — §. 6, J. *de interd.* Le seguenti leggi contengono semplici applicazioni: Const. 34, C. *de loc.* — Const. 10, C. *de vi* — Nov. Theod. (Valent.), tit. 19. — Le L. 12, §. 2: L. 13, D. *quod metus*, e L. 7, D. *ad Leg. Jul. de vi priv.* presentano de' principii di dritto conformi. — Una traccia della esistenza dello stesso principio per lo addietro, hassi nella L. 2, C. *Theod. fin. regund.*, e Const. 4, C. Just. *eod.* — L'autore principale, per quanto alla interpretazione storica, e Gotofredo su' citati passi del Cod. Teodosiano.

(2) L. 3, C. Th. *unde vi*. — Const. 7, C. Just. *eod.* — §. 6. J. *de interd.*

(3) Gensler, *Archiv.* t. 1, Heilde Perga, 1818, in 8.°, p. 103 — 111.

fondato sopra un dritto: tutte queste azioni, in somma, presuppongono di necessità un vero dritto materiale in sulla cosa, al quale uopo il solo possesso non è mica sufficiente. Thibaut, se bene lo intendiamo, è del secondo parere: egli respinge, in quanto a mobili, i principii degli interdetti possessessorii, e nega al possessor di quelli ogni azione. — Ecco adesso il parer nostro. L'uomo ha dritto ad una azione per virtù del solo possesso, senza bisogno di alcun dritto materiale. Abbiamo già dimostrato che il possessore, infino a Giustiniano, aveva per tale effetto l'interdetto *utrubi*: ma che le leggi sopra il reato di farsi ragione da sè gli fornissero un'altra azione, ora è da provare. La Const. 7, C. *unde vi*, comprende certamente le cose mobili e le immobili; come dimostra la generalità dell'espressioni, e l'applicazione che di questa disposizione si fa nel §. 1, J. *de vi bon. rapt.* Ivi è ordinato che chi senz'autorità nè diritto rapisce il possesso, dee prima di tutto restituirlo; poi, s'egli avea la proprietà della cosa, lasciarla al possessore, se no, contargliene il valsente. Dunque la restituzion del possesso (a prescinder dalla pena) è dalla legge comandata in ogni caso che altri si faccia con le proprie mani ragione, senza distinguere tra mobili ed immobili, nè guardar se lo spossessato aveva o no dritto nella cosa. Conseguentemente il possesso in certa forma violato costituisce, appunto come negli antichi interdetti, l'unica condizione del ricorso aperto dalla citata costituzione; o in altri termini, che l'antico principio dell'interdetto *de vi* fu da quella allargato al possesso dei mobili. Anzi nè pure allargato può dirsi a rigore, perchè quando la detta costituzione fu fatta, già si poteva procurar la restituzione per mezzo dell'interdetto *utrubi*, non ostante che l'attore non fosse verace possessore. Perlochè la nostra sentenza non si fonda in ciò, che la pena minacciata a chi si fa giustizia da sè sia stata dal Codice e dalle Instituzioni collocata sotto l'interdetto *de vi*; nè in una interpretazione strettamente letterale delle parole « *POSSESSIONEM quam abstulit restituat POSSESSORI* », ma contraria allo spirito della legge: sì bene sopra una semplice conseguenza del precetto incontrastabilmente dato da questo luogo del Codice. La principal quistione dunque era questa, se al semplice possessore violentemente spossessato della sua cosa mobile si dovesse o no attribuire il dritto ad un'azione per restituzione. Io tengo che sì; e chiunque così faccia, si accorda con me nell'essenziale. Quant'è alla seconda quistione, cioè se questo ricorso particolare, ossia differente in tutto dall'azione *furti*, *vi bonorum raptorum*, ec., abbia natura d'interdetto ovvero di azione; non mi par che questa sia più cosa da doversene disputare. Resta veramente una terza cosa da sapere, cioè quali principii debbano regolare i particolari di tal ricorso aperto al semplice possessore. Io, che in tal dritto di ricorrere non veggo altro che uno allargamento dell'interdetto *de vi*, credo gli si debba applicare tuttaquanta la teoria di esso interdetto. Onde poi si ha, infra le altre, questa importantissima conseguenza, che soltanto il vero possesso giuridico, e non già la semplice detenzione, possa il detto diritto produrre: del qual principio appunto io dò per pruove, 1.° le parole « POSSESSIONEM *restituat* POSSESSORI »; 2.° l'essere la costituzione inserita nel titolo *unde vi*; 3.° la considerazione, ch'essendo altrimenie, sarebbe da rimproverare il legislatore di non aver nulla ordinato circa a' particolari del nuovo diritto; il qual rimprovero, quando il detto ricorso si tenga per uno allargamento dell'interdetto *de vi*, non ha luogo alcuno. Thibaut nota in contrario, che le Pandette restringono tuttavia questo interdetto a' soli stabili: ma che? non occorre egli il simigliante in molti casi, dove si veggono de' principii di dritto successivamente modificati, senza che alcuno se ne scandalizzi? Abbiamo in esempio l'azione aquiliana *(Legis Aquiliae)*; della quale un testo dice che al solo proprietario essa compete (1), un altro poco appresso pone che l'usufruttuario ha la medesima *utile* (2) (3).— Noteremo per ultimo, in sostegno della nostra sentenza, che nell'antico dritto l'interdetto *utrubi* proteggeva il possesso de' mobili, ma nel giure giustinianeo, essendo levato via quell'interdetto, si dovrebbe creder lasciato un vuoto manifestissimo nella pratica. Egli è il vero, che non sarebbe impossibile che la disattenzione de' compilatori

---

(1) L. 11, §. 6, D. *Ad Leg. Aquil.*
(2) L. 11, §. 10, *eod.*
(3) Cioè introdotta a similitudine dell'aquiliana, per rispetto di equità: a non essendo proprio la medesima ch'era data al proprietario, non pare che questo luogo sia troppo bene scelto ad esempio di contraddizione. Dice Ulpiano: « An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat: et ego *puto melius*, utile judicium ex hac causa dandum ». *(Trad.)*

fosse giunta insino a tal punto; ma troppo è più verisimile che all'interdetto *utrubi* si desse lo scambio appunto perchè si vedeva come gli uomini già da gran tempo allo stesso fine di quello usavano altro mezzo (1).

L'effetto dell'interdetto facilmente si determina esser questo, che lo spossessato sia riposto in quello stato medesimo, in che egli era prima della *dejectio*. — Bisogna dunque primieramente, che sia restituito l'usurpato possesso: la qual restituzione, quando il convenuto detenga per ancora la cosa, non presenta alcuna difficoltà; ma quando la cosa non sia stata mai nelle sue mani, o pur ne sia uscita, egli non è manco tenuto a restituire, cioè dee pagare il valsente del possesso (2). — In secondo luogo, l'autor della violenza è tenuto a tutti i danni, onde la dejezione per avventura sia stata cagione (3); della qual regola ecco alcune tra le più importanti applicazioni:

a) Quando noi per effetto della dejezione abbiamo perdute ancora di altre cose, abbiam dritto alla loro restituzione, o pure al loro prezzo. Il dritto antico permetteva già di estendere per tal rispetto l'interdetto alle cose mobili, e l'Editto medesimo faceva di questo caso spezial menzione (1). Quanto alle dette cose accessorie, non è richiesto il possesso giuridico nell'attore (2); e nel reo, appunto come in quanto alla cosa principale, non si guarda s'egli possegga o pur no (3).

b) Debbono anche essere restituiti i frutti delle cose perdute per effetto della dejezione: e questi si computano dal momento della dejezione (4), nè si bada se il reo li abbia effettivamente raccolti, ma basta che l'attore avrebbe potuto egli raccorli (5).

c) Se la cosa usurpata abbia patito danno, per esempio una casa sia andata a fuoco, l'attore dev' esserne rifatto, quand'anco il convenuto non ci avesse alcuna colpa: basta solo che il giudice resti convinto che, senza la dejezione, il danno non sarebbe avvenuto (6).

d) Uno de' più importanti quesiti di questa materia si è, se il reo sia tenuto a riparare il danno risultante dall'interrompimento della usucapione già cominciata a pro dell'attore quand'egli fu turbato nel suo possesso (7). Il precetto generale, che il dejetto debba essere del tutto indennizzato,

---

(1) Qui finisce l'aggiunta. (*Trad.*)

(2) Egli è da ben distinguere il detto valore del possesso da quello della cosa, cioè della proprietà, la quale non ha che fare col presente ragionamento. L. 6, D. *de vi*. — Erra dunque molto la Glossa, insegnando che debba sempre pagarsi il valor della cosa, o che lo speciale interesse del possesso possa soltanto far montare il detto valore. — Quant'è al possesso non mai o non più tenuto dal reo: L. 1, §. 42, D. *de vi*: « Ex interdicto unde vi « etiam is, qui non possidet, restituere cogetur ». — L. 15, *eod*. « Si vi me dejeceris... quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem; tamen damnatus es, quanti mea intersit: quia in eo ipso « culpa tua praecessit, quod omnino vi dejeci« sti... ». (Conf. L. 1, §. 36, *eod*.) — Il frammento susseguente (L. 16, *eod*.) contiene una applicazione notabile della regola. Quando un figliuol di famiglia (*filius familias*) si fa reo di dejezione, il padre è tenuto a rendere *il quod pervenit*; ondechè parrebbe il figliuolo non avesse a restituire il medesimo, poich'egli più non lo ha; ma la nostra regola per contrario vuole che anch'esso a ciò sia tenuto: « Interdicto unde vi « uti potes, si a filiofamilias dejectus es, ut *et* « *ejus causa quod ad patrem pervenit* ipse teneatur ». Così leggono parecchi manoscritti di Parigi, e l'edizioni di Ven. 1485; Lione 1509, 1513; Parigi 1514, 1536: nè quelle di Roma 1476, Nov. 1483, Ven. 1494, fanno altra differenza, che di porre un altro *et* innanzi *ad patrem*. — La lezione del manoscritto fiorentino si dilunga di molto; ma par chiaro ch'ella sia guasta. Quella di Aloandro è tratta da molti altri MSS.

(3) L. 1, §. 41 (conf. §. 31) D. *de vi*: « Vi« vianus refert, in hoc interdicto omnia, quae« cumque habiturus vel adsecuturus erat is qui de« jectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut « eorum litem a judice aestimari debere: eumque « tantum consecuturum, quanti sua interesset, se « vi dejectum non esse ».

(1) L. 1, pr. D. *de vi*: « *quaeque tunc ibi ha*« *buit* ». Delle quali parole il comento si ha nella L. 1, §§. 32, 33, 34, 37, 38, *eod*.

(2) L. 1, §. 33, D. *de vi*.

(3) L. 1, §. 34; L. 19, D, *de vi*. — Paolo, V, 6, §. 8.

(4) L. 1, §. 40, D. *de vi*.

(5) Const. 4, C. *unde vi*.

(6) L. 1, §. 35, D. *de vi*. — Paolo, V, 6, §. 8. — L. 14, §. 11, D. *quod met. causa*.

(7) Tutt'altro quesito è il dimandare in che consista la detta riparazione. Se per avventura soli pochi dì mancassero al compimento della usucapione, si potrebbe francamente aggiudicare all'attore il valor di quella proprietà, l'acquisto della quale era già così certo. Da questo caso in fuori, non si vede altra via di decider la causa senza offesa della giustizia, se non di far dare cauzione: e se il proprietario raddomanda la cosa in tal tempo che la usucapione, quand'anche per la sofferta interruzione non avesse dovuto ricominciar da capo, non ne sarebbe manco cessata, allora non sarà dovuta riparazione alcuna; sì veramente che l'atto di violenza non sia stato appunto quello che ha svegliato il proprietario, ma si possa provare ch'egli avrebbe, anche senza di ciò, raddomandato il suo.

ci fa pendere al sì: e lo stesso testo delle Pandette (1) che rispetto al furto dice di no, si può tenere che confermi la nostra sentenza; perciocchè esso si fonda unicamente in ciò, che in quel caso non v' abbia interesse derivante da altro diritto già acquistato, ed il caso nostro si differenzia da quello del furto appunto per la necessità di siffatto interesse giuridico.

Accadendo che non sia possibile provar di ciascuna cosa in particolare la perdita cagionata dalla deiezione, il giuramento dell' attore deciderà sì della perdita stessa e sì del valor delle cose: ma il giudice deve innanzi determinare, secondo le condizioni particolari del caso, un *maximum*, che non è permesso all' attore di sorpassare (2).

Stabilite ormai le condizioni e l' effetto dell' interdetto, non resta a vedere altro che

(1) L. 71, §. 1, D. *de furt.* « Ejus rei, quae « pro herede possidetur, furti actio ad possesso- « rem non pertinet, quamvis usucapere quis pos- « set; quia furti agere potest is, cujus interest « rem non subripi: *interesse autem ejus videtur,* « *qui damnum passurus est; non ejus, qui lucrum* « *facturus esset* ». (Agg. alla 4ª ediz.). Nelle tre prime edizioni ho inteso questo passo assolutamente, cioè di ogni usucapione, ma son ora convinto ch' è da intender solo della *improba pro herede usucapio* del giure antico, e che nelle Pandette fu inserito per isbaglio (Caio, II, 55 e 56): perciocchè niun altro che il possessor di buona fede può acquistare per via di usucapione, secondo le fonti del dritto, e questi ha la vera azione *furti* (L. 12, §. 1, D. *de furt.* — §. 15, J. *de oblig. ex del.*), la quale non gli si potea ragionevolmente negare, per essere il possesso di buona fede un dritto presente, acquistato, e formar parte de' nostri beni (L. 49, D. *de verb. signif.*), tanto ch' è anco protetto con una sua propria azione, ch' è la publiciana. Pertanto, *lucrum facere* non significa qui, come nel fatto della donazione, guadagnare, ma usurpare (*malae fidei possessio*).

(2) Const. 9, C. *unde vi* (*Juramentum Zenonianum*). — Si fa ordinariamente tra il giuramento *in litem* e quello Zenoniano questa differenza, che il secondo non concerna altro che il valore della cosa dimandata, supponendo già provato tutto il restante (A. Faber, *Conject.* XVI, 13, n.° 21; 17, n° 26): ma taluni giureconsulti non veggono nel Zenoniano altro che un' applicazione del giuramento *in litem* ordinario (Cuiacio, sulla citata legge, *Opere*, t. 9, p. 1160). — (Agg. alla 4.ª ediz.) Nelle tre prime edizioni noi tenevamo la prima sentenza, ma ora crediamo dover convenire nella seconda; perciocchè la deiezione dallo stabile, ch' è il fondamento dell' azione, dee primieramente esser provata, e quando poi si conferma con giuramento la perdita delle cose mobili, questo giuramento riguarda soltanto il montare del danno cagionato dalla deiezione.

le eccezioni le quali lo restringono (1). — La prima eccezione concerneva qui, come negli interdetti *retinendae possessionis*, l'origine del possesso, onde l'attore era spogliato. Quando questo era cominciato *vi*, *clam*, o *precario*, cioè che il convenuto era prima stato egli stesso spossessato dall'attore in uno di detti modi (*AB ADVERSARIO vi etc. possidere*), allora l' interdetto veniva escluso (2): salvo il solo caso dell' interdetto *de vi armata*, al quale questa eccezione non potevasi opporre (3). Il motivo per cui tale eccezione si ammetteva (fuorchè, come s'è detto, per la violenza armata) il più delle volte era questo, che il convenuto avea dritto a uno interdetto recuperativo, il qual egli avrebbe potuto con buon successo intentare, anche dopo perduto il primo processo; ondechè concedendogli una eccezione contro all' interdetto *de vi*, non si faceva altro che mozzar le lungherie d' una doppia instanza: ma il reo di armata violenza

(1) Facciamo fin da ora notare che l' interdetto *de vi armata* era francato da ogni eccezione. Cicerone, nella difesa di Cecina, c. 8: « P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, *de* « *vi, hominibus armatis*, sine ulla exceptione ». — Cap. 22: « Vim, quae ad caput et vitam pertinet, restitui sine ulla exceptione voluerunt ». — Cap. 32: « ... ut qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret ».

(2) Cicer. *Pro Tullio*, c. 44. Il medesimo, nella difesa di Cecina, c. 32: « In illa vi quotidia- « na... ne id quidem satis est, nisi docet, se ita « possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario « possederit ». E nelle *Epist. ad famil.* VII, 13: « Neque est, quod illam exceptionem in interdicto « pertimescas, *Quod tu prior vi hominibus arma-* « *tis non veneris* ». La particella *non*, la quale il Manuzio spiega in modo assai strano, e parecchi pretendono ancora aversi a levare, facea parte della formola ordinaria della eccezione, dove il convenuto, del pari che il pretore, volgea la parola all' attore. Conf. la L. 1, §. 7, D. *de cloacis*: « non esse in interdicto addendum, *quod non* « *vi, non clam, non precario, ab illo usus* (al. *usus* « *es*): » dove *quod non* fa le veci di *nisi*. Vedi la interpetrazione di tal negazione in Caio, IV, 119. — Paolo, V, 6, 7: « Qui vi, aut clam, aut « precario possidet, ab adversario impune dejici- « tur ». Ed *impune* s' intende, che l' avversario non ha a temere l' interdetto, di cui soltanto si ragiona: ma la deiezione poteva pure esser caso criminale. — *Fragmenta legis Thoriae* (presso Haubold, *Monumenta legalia*, p. 15): « Qui... ex. « possessione. vi. ejectus. est. quod. ejus. is. quei. « ejectus. est. possederit. *quod. neque. vi. neque.* « *clam. neque. precario. possederit. ab. eo. quei.* « *eum. ea. possessione. vi. ejecerit. rel.* ».

(3) Cicer. *Pro Tullio*, 44; *pro Caecina*, 32. — Caio, IV, 154 e 155.

non doveva godere lo stesso vantaggio. — Giustiniano rigetta questa eccezione, e della sua vanità parla come di cosa notissima (1): su di che le sentenze de' nostri giureconsulti son molto discordi. Alcuni pretendono, aver Giustiniano tacitamente mutato l'antico diritto: altri, avere egli ciò fatto in una costituzione dipoi perduta: v' ha pure di quelli che suppongono in Triboniano una compiuta ignoranza del giure antico (2), tra' quali Hotman primeggia; ma pare a noi che piuttosto provino la ignoranza lor propria. Perciocchè nessun bisogno era di novella legge, quando l'abrogazione dell'antico precetto risultava già dall'introduzione d'un nuovo principio di dritto, notissimo a' legisti.

Secondo le costituzioni, la dejezione facea perdere la proprietà, quando l'autor della violenza aveva questo dritto reale; molto più dunque, s'egli non fosse stato altro che possessore, ogni dritto resultante dal suo possesso era da lui perduto. Ora, il fondamento della detta eccezione essendo appunto il *jus possessionis*, ed essendo il reo privato già di tal dritto per l'uso fatto della forza, seguiva naturalmente ch'egli sotto l'impero delle predette costituzioni non fosse più abile a proporre quella eccezione, nè altra legge vi abbisognava (3). Che tale pur fosse la mente de' giureconsulti di Giustiniano, ci è mostrato non solo dal citato luogo delle Instituzioni, il quale par che respinga ogni altra interpetrazione (4); ma eziandio da alcune tracce del giure antico, conservateci dai compositori delle Pandette, i quali hanno però con molto artifizio tolti via tutti que' passi dai testi che avrebber potuto fornire la pruova diretta (cioè non argomentato *a contrario*, ec.) di una differente disposizione dell'antico diritto. Ecco, in sostegno, alcune citazioni (1):

L. 1, §. 30, D. *de vi*: « Qui *a me* vi possidebat, *si ab alio dejiciatur*, habet interdictum ».

L. 18, pr. D. *de vi*: « ... emptorem quoque ... interdicto ... teneri: *non enim ab ipso, sed a venditore*, per vim fundum esse possessum ... ».

L. 17, D. *de vi*: « ... ideoque si te vi dejecero, *illico* tu me, *deinde* ego te: unde vi interdictum utile illi erit (2) ».

L. 14, D. *de vi*: « Sed si vi *armata* dejectus es, sicut ipsum fundum recipis, *etiam si vi, aut clam, aut precario eum possidebas* (3): ita res quoque mobiles omnimodo recipies ».

La seconda eccezione che contro questo interdetto si può opporre, è la prescrizione: perciocchè decorso che sia un anno, l'interdetto non ha più luogo (4). Ma questa regola è soggetta alle seguenti restrizioni:

A. Quando il convenuto abbia dalla dejezione generale), ed appresso pone la pena minacciata dalle constituzioni, alle quali per questo rispetto soltanto della pena si riporta: ma ciò non osta per niente.

---

(1) §. 6, J. *de interd.* « Nam ei (sc. dejecto) « proponitur interdictum unde vi, per quod is, « qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, « *licet is ab eo qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat* ».

(2) Duareno, *Disp. anniv.* I, 20. — Otomano, *Obs.* VII, 6. — Cujacio e Schulting. sopra Paolo, V, 6, §. 7.

(3) Schulting (*loc. cit.*) è già di avviso che le dette costituzioni abbian prodotto il nuovo principio di dritto, ma non pare abbia afferrato bene il punto; giacchè se egli ne avesse avuto un concetto preciso, avrebbe dovuto rigettere tutte le opinioni altrui, che non pertanto egli approva. — Si potrebbe forse obbiettare che l'Editto di Teodorico, c. 76, ricorda l'interdetto insieme con le dette eccezioni (« *illi res occupata per violentiam... reddetur, qui*... nec violenter, nec abscondite, nec precario *possidet* »), e che le leggi sopra il farsi ragione da sè già di quel tempo esistevano: ma è facile che la legislazione di Giustiniano abbia avvertito a quella intrinseca conseguenza ch'è detta nel nostro testo, e l'Editto no. (Ag. alla 6.ª ediz.)

(4) Egli è il vero che questo §. delle Instituzioni ricorda in prima l'interdetto medesimo con le sue modificazioni (e però la *rei persecutio* in

(1) La L. 1, D. *de vi*, « non più parla » della eccezione, la qual dunque doveva esser nell'Editto; e ciò prova già con evidenza che i mutamenti sopra questo particolare fatti ne' libri di Giustiniano non sono mica il frutto della ignoranza de' compilatori.

(2) La prima parte del testo è: « chi ricaccia « *in continenti il dejector*, non ha mai veramen- « te perduto il possesso ». Onde poi si deduce che « quando io discaccio te con la forza, e tu sen- « za por tempo in mezzo (*illico*) ricacci me nel « modo medesimo, se poi nel seguente tempo (*dein- « de*) io riprendo lo stesso possesso, l'interdetto con- « tro di me sarà efficace (*utile tibi erit*) »: ch'è quanto dire che la eccezione nol fa vano, come sarebbe da pretendere quando la seconda cacciata (*illico tu me*) fosse stata una verace dejezione, e non piuttosto una semplice difesa del proprio possesso.

(3) Queste parole (*etiam ... possidere*) s'hanno ad intendere assolutamente, senza distinguere se si possegga *vi*, *clam*, *precario*, *ab adversario* o pure *ab alio*.

(4) L. 1, pr. D. *de vi*: « de eo ... *tantummodo intra annum*... judicium dabo ». — L. 1, §. 39, *eod.* « Annus in hoc interdicto *utilis est* ». — Conf. Const. 2, C. *eod.*

zione acquistato qualche cosa (*in id quod ad eum pervenit*), non ha diritto alla presente eccezione (1). Essa dunque non ha luogo ne' rasi più importanti di questo interdetto, cioè quando il convenuto possegga tuttavia, e l'attore dimandi il possesso medesimo, e non già la rifazione del danno (2).

B. Quando si trattava di violenza armata (*vis armata*) (3): ma le collezioni di Giustiniano non serbano più traccia alcuna di questa antica restrizione.

C. Per una costituzione di Costantino (4), quando i famigliari del possessore sieno stati spossessati durante l'assenza di quello (5): nel qual caso l'interdetto non è ristretto entro alcun tempo, nè si distingue se il possessore intenti l'azione egli stesso al suo ritorno, o se i suoi lo prevengano, avendo la medesima costituzione conceduto a costoro il particolar diritto di usar l'interdetto senza espresso mandato, e nulladimeno come procuratori del possessore.

Le dette due eccezioni, onde abbiamo discorso, hanno un rapporto essenziale con l'interdetto: ma tra quelle comuni a tutte le azioni vuolsi ancora particolarmente ricordare una, per la restrizione a cui va soggetta nella nostra materia. L'eccezione del patto (*pacti*) nel caso del nostro interdetto, del pari che per conto di ogni altro atto illegittimo, non è ammessa quando il patto sia stato conchiuso prima che l'atto illegale fosse avvenuto. L. 27, §. 4, D. *de pact.* « Pacta quae turpem causam con« tinent, non sunt observanda: veluti si pa« ciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si « feceris: *expedit enim timere* (*timeri*) *furti* « *vel injuriarum poenam.* Sed post admissa « haec, pacisci possumus. *Item, ne experiar* « *interdicto unde vi, quatenus publicam cau-* « *sam contingit* (1), *pacisci non possumus* ».

§. 41. *Dell'interdetto* de clandestina possessione.

Pare che questo interdetto sia stato in tutto simigliante a quello *de vi*: perciocchè parimente si richiedeva, la prima cosa, che l'attore avesse avuto il possesso giuridico; poi, ch'e' lo avesse perduto; e la forma illegale dell'atto, che avea generato la perdita, dava il diritto di ridomandare il possesso mercè di questo interdetto. — Si chiama clandestino quel possesso, il cui prendimento è stato celato ad un altro, perchè si temeva che questi si opponesse (2). Tutto dunque dipende dal cominciamento del possesso: sicchè quando la origine del possesso lo qualifica clandestino, tale viziosa qualità non è tolta per la cognizione che dipoi lo spossessato abbia del fatto (3); e viceversa, il possesso non diventa clandestino quando il celamento cominci dopo dell'acquisto (4). Havvi però una ec-

---

(1) L. 1, pr. D. *de vi*: « .... post annum *de eo, quod ad eum, qui si dejecit, pervenerit*, judicium dabo ». — L. 7, §. 5, D. *comm. div.* « placuit etiam post annum in eum, qui si dejecit, interdictum reddi »: cioè, supposto (il che non accadeva esprimere, per esser chiaro da sè) che il *dejector* abbia della sua violenza guadagnato qualcosa. — Conf. L. 3, §. 1. D. de vi. — Const. 2, C. *unde vi.*

(2) Egli è impossibile prender più errori circa questa eccezione, che non faccia Domat nelle seguenti poche parole: « Il dejetto serba per anco« ra un anno il possesso, e con questo l'interdet« to: decorso l'anno, possesso ed interdetto sono « iti, nè altro più resta che la vendicazione ». (*LL. civ.* III. 7, sez. 1. §. 18. e sez. 2. §. 30). — Io ignoro il contenuto delle ordinanze citate dal giureconsulto francese; ma sia qual si vuole, non gli varrà per iscusa, affermando egli il medesimo del dritto romano.

(3) Cicerone, *Epist. Fam.* XV, 16: « Postu« labimusque, ex qua haeresi, *vi*, *hominibus ar-* « *matis* dejectus sis, in eam restituare. In hoc in« terdicto non solet addi: *in hoc anno.* Quare si « jam biennium, aut triennium est .... in in« tegro res nobis erit ».

(4) Const. 1, C. *per si vim* (L. 1, Theod. *unde vi*).

(5) L'assenza presupposta in questo caso non è proprio quella stessa, onde ragionammo in risguardo alla perdita del possesso; trattandosi qui di una assenza di lungo tempo.

(1) Cioè a dire: « perch'egli è interesse pubblico che non si facciano violenze, e il timore dell'interdetto può impedirle ».

(2) L. 6, pr. D. *de poss.* « Clam possidere eum « dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, « ignorante eo, quem sibi controversiam facturum « suspicabatur, et, ne faceret, timebat ».

(3) L. 40, §. 2, D. *de poss.* « Si sciens tuum « servum non a domino emerim, et tum (al. *cum*) « clam eum possidere coepissem, postea certiorem « te fecerim; non ideo desinere me clam possidere ».

(4) L. 6, pr. D. *de poss.* « Is autem, qui cum « possideret non clam, se celavit, in ea causa est, « ut non videatur clam possidere: non enim ra« tio obtinendae possessionis, sed origo nanciscen« dea exquirenda est ». La L. 4, pr. D. *pro suo*, par che dica il contrario (« tum enim clam pos« sedisse videberis »); ma questo frammento mi sembra relativo al dritto tutto particolare circa *l'ancilla furtiva* (Cuiacio, sulla L. 40, §. 2, D. *de poss.*; dipoi sulla L. 6, *cod.*, ove mostra molto minore giudizio: *Opere*, T. 8.) — Altri son di avviso, che detto frammento contenga una eccezione per il *furtum* in generale. (Glosa, sulla L. 6, *de poss.*; Duareno, *ibid.*).

cezione affatto singolare a tal regola; cioè, che il proprietario della cosa, contuttochè l'origine del suo possesso abbia la detta magagna, non è riputato possessor clandestino (*clandestinus possessor*) (1).

Ma questa general nozione del possesso clandestino non prende un significato giuridico, se non perchè si riattacca alla stessa una *violenza del possesso*. Vero è, che parecchi autori hanno ammesso vi potesse ancora essere possesso clandestino senza violazion di possesso (cioè solo in risguardo alla violata proprietà), il quale impedisse la prescrizione (2). Ma la cosa clandestinamente posseduta (*clam possessa*) non è propriamente imprescrittibile, sibbene la furtiva (*res furtiva*), la quale spesso è tutt'uno con quella. Il costoro avviso ha origine da que' testi, dove trattandosi della cosa che il possessore ha comprata da una terza persona, pur vi si parla di possesso clandestino: perchè (dicono) egli è chiaro che in tali casi non ha luogo violazione alcuna del possesso (3). Ma egli è da notare come ancora in que' casi il possessore poteva succombere per effetto dell'antico interdetto *utrubi*, il quale non dava la vittoria a quel de' litiganti il cui possesso fosse stato violato, sibbene a colui che più tempo fosse stato in possesso, non mettendo però nel conto il possesso violento, clandestino, o precario. Se dunque una sola specie di possesso clandestino vi ha, questo sarà sempre il medesimo, o che sia risguardato come fondamento dell'interdetto, o che di una eccezione. Quelli stessi i quali ammettono doppio possesso clandestino (4), debbono nonperianto consentire ch'esso nella eccezione sia clandestino di quella sorte medesima che nell'interdetto; tra per la intrinseca correlazione della eccezione con l'interdetto, e perchè questa eccezione fa contro a colui che clandestinamente possegga *ab altero*, il che non si può intendere senza violazione dell'altrui possesso.

Acciocchè dunque potesse l'interdetto esser concesso, egli era di bisogno che all'attore fosse stato tolto il suo possesso giuridico, e che il modo usatovi dal reo fosse tale da far riguardare il nuovo possesso come clandestino. Ma oltre a queste condizioni, richiedevasi ancora che l'obbietto del possesso fosse un immobile. Vero è che noi non possiamo addurre alcuno espresso testimonio di quest'altra condizione, ma essa è tanto favorita dalla più compiuta analogia, che si può quasi fare senz'alcun'altra pruova. In fatti l'interdetto *de vi* era negato pe' mobili, perchè altre azioni proteggevano già questo possesso al tempo della introduzione degl'interdetti. Queste medesime azioni, eccetto soltanto quella *vi bonorum raptorum*, si applicavano pure alla *clandestina possessio* di mobili: ed egli è tanto meno da credere che si ordinasse un particolare interdetto per questo caso, in quanto che il caso della *violenta possessio* era certamente stimato di molto maggior momento.

Le condizioni di questo interdetto sono ormai pienamente determinate: ma noi abbiamo ancora ad esaminare una quistione tutta diversa, cioè se tale interdetto esista tuttavia in giure giustinianeo; e la ragione, per cui scegliamo questo luogo, in breve si vedrà. — Per l'affermativa non si ha che un solo riscontro, ed anche molto equivoco: questo è che Ulpiano in tutt'altra materia dice che « Giuliano ammette pure un particolare interdetto per il possesso clandestino », senza però farci assapere il suo proprio sentimento (1). — Ma dall'altra parte, di questo in-

---

(1) L. 40, §. 3, D. *de poss.* — Cuiacio, su questa legge (Afric. tr. 7).

(2) Alberto, §. 57, e gli autori da lui citati. Anch'io aveva nella 5.ª edizione ammesso virtualmente cotesto concetto, combattendone l'espressione: onde la presente sposizione, ch'è affatto opposta, appartiene tutta alla 6.ª edizione.

(3) L. 40, §. 2, D. *de poss.* — L. 4, pr. D. *pro suo.* La presente nostra spiegazione non incontra difficoltà alcuna nel primo frammento. Nel secondo, il *clam possidere* fa veramente conchiudere la usucapione essere impossibile, ma soltanto perciò, che il titolo *pro suo* (che altro non se ne potrebbe ivi vedere alla usucapione) sarebbe a tal modo escluso. Certo è che, secondo l'avviso de' giureconsulti, la cosa in detto caso era *furtiva*; in guisa che le due qualità si risolvono in una medesima.

(4) L. 1, pr.; L. 3, pr. D. *uti poss.* — Caio, IV, 151. — Male ancora avevamo nella 5.ª edizione ammesso che il possesso clandestino fosse altro nell'interdetto ed altro nella eccezione: incongruenza già notata da Alberto, §. 71.

(1) L. 7, §. 5, D. *com. div.* (dove si tratta del dritto che il possessore ha di promuovere un *judicium comm. divid.*) : « Julianus scribit, si « alter possessor provocet, alter dicat eum *vi* pos« sidere, non debere hoc judicium dari, nec post « annum quidem: placuit, etiam post annum in « eum, qui vi dejecit, interdictum reddi: et si *pre« cario*, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessa« bit hoc judicium: quia et de precario interdi« ctum datur. *Sed et si clam dicatur possidere qui*

terdetto non è pur fatta menzione dalle Istituzioni e dalle Pandette, ov'esse trattano degli interdetti; nè si saprebbe immaginar caso, a cui lo si potesse applicare, stantechè tutti i suoi casi d'altra volta, al presente o danno dritto all'interdetto *de vi*, o non fanno punto più perdere il possesso (1). Il che tutto si spiega benissimo per le storiche ricerche da noi fatte circa la perdita del possesso. Conciosiachè, restando gli stabili in possesso nostro finattantochè non sia a nostra notizia la occupazione fattane da altrui, sèguita che la *clandestina possessio* degli stabili, che generalmente è possesso nascosto appunto al possessore attuale, non sia più possibile. E poichè detto interdetto non altro obbietto aveva che gli stabili, è chiaro la sua applicazione ancora essersi fatta quindi innanzi impossibile. Il principio, che l'uomo conservi il suo possesso, non ostante l'occupazione altrui, fino a ch'egli non abbia notizia di questo fatto, non essendo ancor fermato al tempo di Labeone, ben poteva cosiffatto interdetto aver luogo nella età precedente a questo giureconsulto, allorquando gl'interdetti furono introdotti: ma a tempo di Papiniano, Ulpiano e Paolo, essendo già generalmente ricevuto il detto pricipio, non potevano costoro considerar l'interdetto come ancora vigente, ed era quindi al tutto impossibile d'inserirlo nelle Pandette. Quant'è alla prima metà del secondo secolo, probabilmente allora quel principio non era stato peranco ammesso del tutto, e certamente non se n'erano ancora tratte tutte le conseguenze: tantochè Giuliano poteva benissimo far motto dell'interdetto come di dritto tuttora vigente. — Tutt'altrimenti è della eccezione *clandestinae possessionis*. Quando uno occupava clandestinamente il mio podere, e poi si armava contro me dell'interdetto *uti possidetis*, tanto ch'io non aveva del suo fatto altra notizia che appunto la sua instanza, tutto siffatto piato non poteva essere spedito meglio, che mantenendo l'antica eccezione *clandestinae possessionis*. La maggior parte de' nostri giureconsulti hanno taciuto di questo interdetto: di che meritano grave riprensione, non solo per la menzione accidentalmente fattane da Giuliano, ma anche per rispetto al legamento che dapertutto hanno insieme la *clandestina* e la *violenta possessio*. L'autore degli antichi statuti di Pisa, che dai Grandi è posto nel dodicesimo secolo, parla dell'interdetto sotto questo medesimo rapporto (1). Cuiacio, non contento di ricordar l'interdetto, sostiene ch'esso abbia luogo in giure giustinianeo; ma la spiegazione, ch'ei dà del come, non cammina (2).

§. 42. Dell'interdetto *de precario*.

Fonti particolari del *precarium*:

Paolo, lib. 5, tit. 6, §. 10-12.	V. l'*Introduzione*.
Dig. lib. 43, tit. 26.	
Cod. lib. 8, tit. 9.	

Autori: C. R. A. Corn. Stockmann, *Diss. de precario*. Lips. 1774. — J. G. Vogel, *Diss. de precario*. Gott. 1786. — Due opuscoli da nulla.

Per trasmettere ad un altro il semplice *esercizio* d'un nostro diritto, abbiamo diverse forme giuridiche da scegliere, come a dir la locazione, il commodato, ec.; che son tanti modi di separare, ordinariamente, per un determinato spazio di tempo il semplice *esercizio* della proprietà dalla proprietà medesima. In tutti tali casi, la forma giuridica dell'atto assicura di per se stessa il dritto di do-

---

« *provocet*, *dicendum esse ait*, *cessare hoc judicium: nam* (al. *nam et*) *de clandestina possessione competere interdictum inquit* ».

(1) Ne' più remoti tempi troviamo un testimonio importante della esistenza di questo interdetto, nel seguente passo di Cicerone, *in Rull.* III, 3: « Haec trib. pl. promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo jure privato. Etiamne si *vi ejecit*? etiamne si *clam*, si *precario venit in possessionem*? Ergo hac lege jus civile, *causae possessionum*, *praetorum interdicta* tollentur ». Il qual passo significa che ne' detti tre casi gl'interdetti recuperativi erano stati infino a quell'ora concessi, e che dopo quella ingiusta legge essi furono tolti al possessore spogliato (Agg. alla 6.ª ediz.).

(1) Grandi, *Epist. de Pand.* 2.ª ed. (Firenze, 1727, in 4.°), p. 224: « Hac saluberrima constitutione sancimus, quod si aliquis fuerit possessor ... aliquo tempore prius illo qui nunc invenitur in possessione, *licet non probetur quod vi, vel clam, vel precario possideat*, ab adversario tamen in possessione recuperanda semper potior sit prior possessor: nisi, etc. ». Cioè, che il possesso avuto innanzi dee già, in regola generale, bastare a conferire un dritto contro al possessore presente, *quantunque non v'abbia luogo niuno de' tre interdetti romani*, *ordinati alla restituzion del possesso*, ec.

(2) Cuiacio, *Obs.* IX, 33, sulla L. 40, §. 2, D. *de poss.* (Afric. tr. 7), e sulla L. 6, §. 1, D. *de poss.* Opere, t. VIII, p. 267, 268.

mandar la restituzione: ma il simile non è, quando il trasferimento dell'esercizio del dritto sia stato fatto senz'alcuna forma giuridica, per esempio col mezzo di un semplice *pactum*. Pur nondimeno, in due casi di quest'ultima sorta, il diritto romano ha conceduto un particolare dritto alla dimanda di restituzione. Perciocchè chi concede a un altro o l'esercizio della proprietà, cioè a dire il natural possesso, o l'esercizio di una servitù, e si riserba la facoltà di rivocare a sua voglia siffatta concessione, egli ha il sopraddetto dritto particolare; ed il rapporto giuridico, che per tal modo si forma infra le due parti, riceve il nome di *precarium* (1). La qual denominazione gli viene dall'esser generalmente l'effetto di una *preghiera*: ma non è di necessità che il proprietario sia pregato, bastando ch'egli lasci fare (2). De' detti due casi quello soltanto, il qual concerne l'esercizio della proprietà, appartiene al nostro trattato.

Allorchè dunque la *detenzione* è trasmessa a detto modo, la regola è che nello stesso tempo sia conferito il possesso giuridico; e l'opposto bisogna che sia espressamente convenuto, perchè tal regola non abbia luogo. Ma, sia o pur no intervenuta cotesta convenzione, la concessione può esser rivocata sempre che si voglia, e se allora il detentore non restituisce la cosa, il suo possesso diventa da quello stante illegittimo, vizioso (*vitiosa*, *injusta possessio*) (3), e può esser radiomandato con uno interdetto, a quel modo medesimo che il possesso tolto per forza. Ecco perchè il proprio luogo del *precarium* è questo, cioè per essere la *vitiosa possessio* l'unica causa producente il rapporto giuridico, nè mai considerarsi il precario siccome un contratto (1). Séguita, che la facoltà di domandar la restituzione non è perduta da quel ch'abbia concesso l'esercizio della proprietà, quando bene egli vi avesse rinunziato (2); dove che l'azione risultante da un contratto può sempre esser respinta o almeno ristretta mediante una *exceptio pacti*.

L'interdetto *de precario* in origine si applicava a' soli stabili, come si ha tanto dall'analogia dell'interdetto *de vi*, quanto da espresse testimonianze: ma già nel tempo de' giureconsulti classici egli era stato allargato alle cose mobili (3).

---

(1) L. 2, §. 3, D. *de precar.* « Habere precario videtur, qui possessionem vel *corporis* vel « *juris* adeptus est, *ex hac solummodo causa*, quod « preces adhibuit, et impetravit, ut sibi *possidere* aut *uti* liceat ».

(2) Paolo, V, 6, §. 11: « Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed « et is, *qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen* « *domino possidet* ». In una nota sopra questo testo, Cujacio restrigne tal principio al caso di continuazione di un precario precedente, ma senza fondamento alcuno, se togli il seguente paragrafo di Paolo: « . . . magis dicendum est, clam videri pos- « sidere (dunque, non *precario*); *nullae enim* « *preces ejus videntur adhibitae*. » Ma appunto queste parole non sono nella edizione *principe* (*V*. la nota di Hugo).

(3) Alcuni testi chiamano la *precario possessio*, *justa*: altri, *injusta*: evidentemente perch'ella è quando l'uno, e quando l'altro: e comincia ad essere *injusta* sittosto che sia negata la restituzione. Cosiffatto abuso della buona volontà e confidenza altrui produce lo stesso effetto che l'uso della forza nella *violenta possessio*. Cupero, II, 7, rigetta cotesta naturalissima conciliazione de' testi, da lungo tempo proposta ed ammessa, allegando per ragion decisiva che non mica il *revocatum precarium*, sì bene il *precarium* semplicemente si aggiunga, siccome causa d' *injusta possessio*, a' termini *vi* e *clam* delle eccezioni: ma lo stesso bisogno di usar la eccezione non presoppone egli da sè la rivocazion del precario? Alberto (*loc. cit.* §§. 58 - 61) difende e sviluppa l'avviso di Cupero.

(1) Tutto questo è chiarissimamente determinato dalle leggi 14 e 22 §. 1, *de prec.* e 14, §. 11, *de furtis*: le quali confermano che l'interdetto è tolto del tutto, sittostochè siavi dritto ad altra azione prodotto da un atto giuridico. L. 2. §. 3, *de prec.* (« *ex hac solummodo causa* »); L. 15, §. 3. *eod.* — Due cose nondimeno potrebbero far dubbitare di tal principio. Una è, che la L. 23, D. *de reg. jur.* chiama il *precarium* un contratto: ma questa parola evidentemente è quivi usata per designare ogni possibil causa di una obligazione, vedendovisi compresa la tutela ed il maneggio de' negozi (*negotiorum gestio*). L'altra cosa è, che oltre all'interdetto davasi ne' seguenti tempi una *actio praescriptis verbis* (L. 2, §. 2; L. 19, §. 2, D. *de prec.* — Paolo, V, 6, §. 10), della quale ragioneremo in fine di questo paragrafo: ma ciò non mutava punto la natura della *obligatio* stessa, sì bene dava all'attore la scelta infra le due maniere di procedimento.

(2) L. 12. pr. D. *de prec.* — G. F. Kraus, *Diss. de precario ad certum tempus dato*. Viteb. 1750. — Simiglievole restrizione del dritto di chieder la restituzione è tanto contraria alla propria natura del *precarium*, che purchè consti della esistenza di questo, la convenzione restrittiva non ha valore alcuno, ma dee soltanto riguardarsi come un atto destinato a richiamare il *precarium* alla memoria di colui che l'ha ottenuto.

(3) Isidoro, *Orig.* V, 25: « Precarium est dum « prece creditor rogatus permittit debitorem in « possessione *fundi* sibi obligati demorari et ex eo

La *obligatio* grava sol quello al quale il *precarium* ha fatto acquistare il possesso, nulla montando se ciò sia successo a preghiera sua verso di altri, o di altri verso di sè (1). — L'erede, rigorosamente parlando, non seguita a posseder la cosa in precario (2): pure la quistione, se si potesse usar contro lui l'interdetto, era molto combattuta infra i romani giureconsulti. Alcuni sostenevano assolutamente che no, ammettendo piuttosto un possesso cladestino, accompagnato senza dubbio dall'interdetto *de clandestina possessione* (3): altri tenevano il sì (4). Noi dobbiamo riguardare questo secondo avviso come dominante nelle nostre fonti del dritto, perciocchè i testi più espliciti si dichiaran per esso, dove che la prima sentenza non altro fondamento ha, che un passo oscuro e capace di più d'una interpetrazione. — Non si può usare l'interdetto contro al proprietario della cosa, perchè la legge in tal caso non riconosce precario alcuno: i particolari del qual principio sono già stati sposti di sopra.

L'*obligatio*, di cui s'invoca il compimento per mezzo dell'interdetto ha primieramente per

« fructus capere ». Dove pare ch'egli abbia attinto a fonti antiche. — L. 4, pr. D. *de prec.* « In « rebus etiam mobilibus precarii rogatio *consti-* « *tit* »: le quali parole par che significhino che detto principio di dritto fosse stato ammesso dappoi. E così leggono il ms. di Firenze ed Aloandro, sebbene veramente altri mss. e varie edizioni antiche leggano *consistit*, la qual lezione toglie via ogni idea del sopraddetto mutamento.

(1) L. 4, §. 2; L. 6, §. 1; L. 13, D. *de prec.*

(2) L. 12, §. 1, *eod.* Una conseguenza importante di questo principio è, che l'*accessio possessionis* non ha luogo.

(3) L. 11, D. *de div. temp. praescr.* « Quamvis precarium heredem ignorantem non teneat; nec interdicto recte conveniatur ». Questo testo per se solo non peranco è decisivo, perchè l'aggiunto *ignorantem* può indurre che il *precarium* e l'interdetto non si riputassero esistenti sino a che l'erede non ne avesse cognizione, in guisa ch'egli per mezzo di tal cognizione parteciperebbe al precario: la quale interpetrazione potrebbe anche sembrar concorde alla L. 12, §. 1. D. *de prec.* Ma Paolo pronunzia chiarissimo: « Heres ejus, qui precariam « possessionem tenebat si in ea manserit, magis « dicendum est, *clam videri possidere:* nullae enim « preces ejus videntur adhibitae. Et ideo persecu- « tio ejus rei semper manebit, *nec interdicto* (cioè, « *de precario*) *locus est* ». V. 6, §. 12.

(4) L. 8, §. 8, D. *de prec.* « Hoc interdicto « heres ejus, qui precario rogavit, *tenetur*, *quem-* « *admodum ipse etc.* ». — Const. 2, C. *eod.* « Ha- « bitantis precario heredes ad restituendum habi- « taculum teneri, *contra eos interdicto proposito*, « manifeste declaratur ».

obbietto la restituzion della cosa: nè quando questa sia perduta o perita, se ne può dimandare il valsente, eccettocchè ne' casi in cui si provi il dolo o la colpa grave del convenuto (1). Ma intentata che sia l'azione, il convenuto trovasi in mora (*in mora*): egli è tenuto, com'era negli altri interdetti, a rifare il danno risultante da sua colpa di qualunque sorta, a rendere i frutti raccolti; brevemente, bisogna ch'egli metta l'attore in quello stato medesimo, che se gli avesse di buon grado restituita la cosa (2).

Non vi sono eccezioni particolarmente ordinate avverso a questo interdetto, nè segnatamente di quelle fondate in sulla prescrizione (3): la stessa prescrizione generale, introdotta dai giure novello, non ha luogo, se non quando il possesso sia continuato ancora trent'anni dopo il diniego della restituzione.

Abbiamo sposto il *precarium* tal quale il troviamo nelle nostre fonti di dritto; ma non possiamo già negare che in esso più d'una cosa riesce inesplicabile. Primieramente, come mai i romani, i quali di lor natura non pendevano punto alla liberalità, sentirono eglino così per tempo il bisogno di cosiffatta instituzione giuridica, e tanto poi la usarono, quanto è pur certo ch'essi fecero? Perchè non considerarono eglino il *precarium* come un contratto reale, o vuoi come commodato, o vuoi almeno come un contratto innominato, di quelli *do ut des* (4)?

Ancora, usavasi indubitatamente di far tradizione della cosa, e di convenir della restituzione: ch'è tutto quanto fa di bisogno alla esistenza di un contratto reale. Come dunque i giureconsulti romani potevano essi discordare intorno a ciò? Come mai potevano gli uni negar la esistenza di una *civilis obligatio*, e quindi dedurre il bisogno di ricorrere all'interdetto, mentre che gli altri

(1) L. 2, pr. D. *de poss.* « Ait praetor, *quod* « *precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut* « *desineres habere, qua de re agitur, illi resti-* « *tuas* ». — L. 8. §. 6, *eod.* « et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire ». Conf. L. 8, §. 3, 5, *eod* — L. 23. D. *de reg. jur.*

(2) L. 8, §. 4, 6, D. *de prec.*

(3) L. 8, §. 7, D. *de prec.*

(4) (Agg. alla 4.ª ed.) Si potrebbe per avventura spiegare altresì perchè il *precarium* non fosse considerato come commodato, osservando che il precario ne' primi tempi aveva a solo obbietto gli stabili, e che il commodato si faceva soltanto di mobili. L. 1, §. 1, D. *commod.* — L. 17, pr. *de praescr. verb.*

davano l'azione *praescriptis verbis?* Perchè la colpa (*culpa*) si discosta ella qui da' generali principi che la governano? Perchè l' interdetto guarentiva egli da principio i soli stabili? e qual fu poi la ragione di ordinare altrimenti? Da ultimo, come poteva mai nascer controversia circa l' obligazion dell' erede?

Tutte coteste difficoltà si risolvono con l' ammettere la origine del *precarium* da noi più sopra additata. Egli era originariamente un rapporto feudale infra'l cliente ed il suo patrono, derivante dal godimento da questo a quello conceduto di un pubblico terreno (*ager publicus*). Siffatti beni si concedevano maisempre sotto clausola di poterli rivocare a volontà; e contro il cliente che non volesse lasciar la cosa rivocata, competeva appunto l' interdetto *de precario* (1). Ma poichè i vincoli tra patrono e cliente somigliavano a quelli di famiglia, e segnatamente a quelli tra padre e figliuoli (2), non si supponeva una *obligatio* propriamente detta, un contratto: il che certamente sarebbesi fatto, se si fosse trattato della stessa relazione tra strani. A tal modo, la restituzione che libera l'erede da ogni obbligo, l' eccezione che fassi ai principii ordinarii relativi alla colpa in materia di contratti, l'applicazion del *precarium* a' soli stabili, tutte queste cose non presentano più veruna difficoltà. Ragioni poi somiglianti a quelle che conservar facevano la instituzion del possesso (§. 12, *a*), non lasciarono che il *precarium* mancasse nello stesso tempo che l' *ager publicus*. Formato ed introdotto a detto fine tutto speciale, ben poteva egli, senza niente perdere del particolare esser suo, venire applicato ad altre occorrenze, a posta per le quali non fosse stato creato; e quando l'antico *ager publicus* scomparve, del suo coevo *precarium* sopravvanzò appunto il detto allargamento. Ecco perchè lo si usava allora altresì pe' mobili: ed ecco come potevano tra' romani giureconsulti nascere le dette controversie, attenendosi gli uni alla lettera dell'antico *precarium*, e gli altri in sulle modificazioni in quello seguite, fondando le nuove regole, le quali i nostri libri di dritto par che abbiano preferite.

Forse il *precarium* sarebbe ancora scomparso come cosa soverchia, se non gli avesse accidentalmente dato importanza un' altra instituzione giuridica. Perciocchè la più antica forma del dar pegno consisteva in mancipare di presente la cosa al creditore, con la clausola della remancipazione (*fiducia*): col quale atto non intendendosi in conto alcuno di torre al debitore il godimento della sua cosa, egli è da vedere qual forma giuridica si adoperasse per darne l' uso al non proprietario. A questo effetto il *precarium* serviva certamente meglio di tutto: e tal suo ufficio probabilmente al tempo de' giureconsulti classici gli ebbe procurato una grande importanza (1). Ma nè pur questa applicazione ha più luogo nel dritto di Giustiniano.

§. 43.

La teoria degli interdetti possessori, qual essa da noi è stata esposta fin qui, posava tutta sopra alcune determinate forme di violare il possesso, sole le quali ingeneravano quella obligazione, a cui gl' interdetti astringevano a soddisfare. Ma molti giureconsulti tutta questa teorla mettono tra le antichità, opinando che le costituzioni abbiano introdotto un general mezzo giudiziario, cioè l' *actio momentariae possessionis*, con cui si possa ogni possesso in qualsisia guisa perduto raddomandare: ed aggiungono che questa generale azione, piuttostochè abrogare gl' interdetti, gli ha renduti superflui (2). La quale opinione poichè farebbe il nuovo dritto delle azioni possessorie tanto indeterminato e sconnesso, quanto l' antico è preciso e ben coordinato in tutte le sue parti, noi siamo in obligo di esaminar diligentemente e con rigore la sua storica esattezza.

Non pretendono già costoro, che detto novello diritto sia stato interdetto per una legge esp. es-

---

(1) Niebuhr. *Ist. Rom.* parte 2.ª, p. 167 della 2.ª ediz. — Festo, v.° *patres*: « . . . quique agrorum partes adtribuerint tenuioribus *perinde ac liberis* »: per conseguenza a similitudine del peculio, rispetto al quale il dritto di chieder la restituzione sempre che si volesse, era sottinteso.

(2) Festo, nel luogo citato.

(1) Interpetr. di Paolo, V, 6, §. 7: « . . . precario (possidet) qui per precem postulat, ut « ei in possessione permissu domini *vel credito*« *ris fiducia* commorari liceat ». Schulting emenda *fiduciarii*, ed è probabile si apponga al vero: ma il mio manoscritto ha *fiducia*. — Conf. Isidoro, *Orig.* V, 25, e principalmente Caio, II, §. 60.

(2) A Cuiacio soprattutto questa opinione dee la sua voga (*Observ.* I, 20; XIX, 16: *Paratit. in Cod. tit. unde vi; Comm. in C. tit. unde vi.* Opere, t. 9): ma contro ad essa stanno Gifanio (*Proleg. lib. 8, Cod.*), Westphal (*loc. cit.* §. 320), e Fleck (*De interd.* p. 66-71).

sa, ma che parecchie costituzioni incontrastabilmente lo *suppongano* esistente: della qual cosa leggermente si può mostrare la falsità, senza nè anco affaticarsi nella interpetrazione delle dette costituzioni. Conciosiachè, non essendosi Giustiniano contentato d'inserir tuttoquanto il giure antico nelle Pandette, ma insegnandolo ancora nelle sue Instituzioni, e aggiungendovi tutte le modificazioni insino a quell'ora fattevi, delle quali in parte era egli stesso l'autore; è dunque fuori d'ogni dubbio che questo principe non intende di sol ricordarci un'antichità, ma d'informarci del pratico diritto. Di vantaggio, una delle più recenti infra le costituzioni allegate in sostegno del preteso dritto novello (1), tutto in contrario presuppone l'antico dritto tuttora vigente; introducendo essa in un caso affatto speciale una nuova azione, *per non esser quel caso preveduto negli antichi interdetti*. Egli è dunque già fermo che il preteso dritto novello non può contenersi nelle allegate costituzioni: le quali ora noi ci facciamo ad interpetrare.

A) Const. 5, C. *unde vi* (2): « Invasor lo« corum poena teneatur legitima: si tamen « vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si « per errorem aut incuriam *domini* loca ab « aliis possessa sunt, sine poena *possessio re*« *stitui debet* ». Egli è ordinato, qui si dice, che si possa dimandar la restituzione del possesso, quando bene non fosse stato tolto con la violenza. Ma il proprietario altresì raddomanda il possesso mediante la vendicazione: ed il termine *domini* prova chiaro che di quest'azione appunto qui si ragiona (3). Tutto questo testo adunque non ha che fare col nostro proposito: e Triboniano l'ha posto, come tanti altri, in luogo non suo.

B) Const. 8, C. *unde vi* (4): « Momenta« riae possessionis interdictum, *quod non* « *semper ad vim publicam pertinet, vel priva*« *tam*, mox audiri, interdum etiam sine in« scriptione meretur ». Vale a dire, che vi son casi i quali danno luogo all'interdetto, senza autorizzare una *accusatio ex lege Julia*: nè cosiffatti casi son difficili ad immaginare. Suppongasi, per esempio, che uno occupi il podere di un altro durante la costui assenza e non usando alcuna violenza, e che allo spossessato non basti l'animo di rientrare al suo podere: in tal caso non vi sarà *crimen vis*, e nondimeno avrà luogo l'interdetto.

C) Const. 11, C. *unde vi*: « Cum quae« rebatur inter Illyricianam advocationem, « quid fieri oporteret propter eos, qui va« cuam possessionem (1) absentium sine judi« ciali sententia detinuerunt, quia veteres le« ges nec *unde vi* interdictum, nec *quod vi* « *aut clam*, vel aliam quamiam actionem ad re« cipiendam talem possessionem definiebant, « vindentia in ablatam possessionem minime « precedente, nisi domino tantummodo in « rem exercere permittentes (2): nos non con« cedentes aliquem alienas res vel possessio« nes (3) per suam auctoritatem usurpare, « sancimus, talem possessorem ut praedo« nem intelligi, et generali jurisdictione ea « teneri, quae pro restituenda possessione « contra hujusmodi personas veteribus decla« rata sunt legibus (4).... si non ex die, ex « quo possessio detenta est, triginta anno« rum excesserint curricula (5) ». Or ecco co-

(1) Const. 11, C. *unde vi*.

(2) Conf. L. 1, C. Th. *fin. reg.* — Cujacio. *Obs.* XIX, 16. — F. Gotofredo, sulla cit. L. del C. Teod. — Goesio, nelle note a' *Script. rei agr.* p. 183; come pure presso Ritter, nelle sue osservazioni su questo luogo del Cod. Teod. — Westphal, *loc. cit.* §. 320. — Fleck, *loc. cit.* p. 67.

(3) Cujacio medesimo, in un testo affatto analogo (const. 6, *de poss.*), interpreta la *restutio possessionis* allo stesso modo (*Comm. in Cod.* Opere, IX, 1016): ma qui non se ne ricorda.

(4) Const. 8, C. Th. *de jurisd.* — Cujacio, *Obs.* I, 20. — Gilanio, su questa legge (*Explan. Cod.* P. 2, pag. 288.

(1) Chiamasi *vacua possessio* così la cosa senza possessore, come il possesso fisicamente non esercitato, verbigrazia la *possessio fundi quae animo retinetur*. Il primo significato, che anco è il tecnico, è quello del nostro testo; ed il perchè noi così crediamo, sarà detto appresso. Azzo, *Summa h. tit.* n° 31, e *Lect. in h. tit.* p. 619. — La Glosa, su questa legge. — Gilanio, *ib.* (*Expl. Cod.* P. 2, p. 293).

(2) Questa è la parte che meglio dichiara tutto il testo. Essa mostra che nel dritto antico questo caso non produceva azione alcuna personale.

(3) *Res*, per opposto a *possessiones*, s'intende di mobili. La legge adunque vuol comprender le une e le altre; e ciò molto naturalmente, per essere stato l'interdetto *de vi* già da gran tempo allargato alle cose mobili.

(4) Cioè a dire, che per virtù di detto allargamento dell'interdetto *recuperandae possessionis* (s. *de vi*) a questo caso, bisogna anche in questo osservare tutto ciò che l'antico dritto richiede per lo interdetto *de vi* (« quae contra hujusmodi per« sonas (*sc. praedones*) veteribus declarata sunt legibus »).

(5) L'ordinamento della prescrizion di trent'anni in questo caso non è, se non una conseguenza della stessa prescrizione generale. La supposizione che il possesso della cosa esista tuttavia nel convenuto, spiega benissimo perchè non fosse intro-

me è da divisare il caso, sopra cui questa legge fu ordinata. Uno aveva perduto il possesso d'una cosa per solo effetto di assenza, ed un altro aveva occupato il possesso per tal guisa divenuto vacante (1). In questo caso, al quale nessun' azione possessoria, anzi proprio nessun' azione, se togli la sola vendicazione, non era applicabile, Giustiniano vuole che abbia luogo l'interdetto *de vi*. La qual disposizione ha veramente qualcosa di nuovo: ma la novità non concerne che un solo caso molto ben determinato, nè modifica alcuna delle altre regole proprie delle azioni possessorie. In fatti, essendo già stato perduto il possesso prima della occupazione, non trattasi punto di una *violazione*, di un *turbamento* arrecato al possesso: cosicchè nè pur la decisione di questo caso tutto speciale non pare abbia nulla che fare con quel principio, di cui si vorrebbe col presente testo provare la generalità.

D) Const. 12, C. *de poss.* Questo testo, già sopra interpetrato, ordina che in taluni casi *non si perda* il possesso per la slealtà del rappresentante: in esso non trattasi punto della introduzione di alcun' azione novella, non che di una nuova azione *recuperandae possessionis;* ma soltanto si ragiona della continuazion del possesso.

E) Da ultimo, è anco da noverare infra gli argomenti de' nostri avversari la semplice inscrizione di quel titolo: « *Si per vim vel* « *alio modo* perturbata sit possessio (1) »: la qual è facile che abbia molto contribuito alla origine del loro errore. — Ma gli effetti dei due detti turbamenti del possesso (*per vim, vel alio modo*) non essendo ivi annunziati, non si posson cercare altrove che nelle costituzioni medesime in quel titolo comprese. Ora, la prima di esse non d'altro ragiona, che di una *possessio per vim perturbata*. La seconda dice, che in un processo la condizion delle parti in quanto al possesso non può esser mutata nè da rescritto del principe, nè da decreto del giudice, quando l'una di esse parti sia assente: ond'è manifesto che questa disposizione risguarda soltanto alla procedura, e che per inavvertenza de' compilatori è posta in luogo non suo. Pertanto, il turbamento del possesso, contro cui la detta legge è ordinata (*possessio alio modo quam per vim perturbata*), non costituendo altro che una nullità di procedura, non somiglia per niente ad una violazione capace a dar luogo ad un interdetto.

Da quanto è detto conséguita, che l'antico dritto degli interdetti non è dalle costituzioni abrogato, nè fatto superfluo; e che quel concetto del possesso, ch'era il fondamento di essi interdetti, nella legislazione di Giustiano non ha punto variato.

— —

dotta la prescrizione annale: in tal caso, nè meno l'interdetto *de vi* non era ristretto ad un solo anno. Questa disposizione adunque non contiene nulla di particolare, nè dee punto confondersi con un' altra a lei somigliante, la quale si ha nella L. 1, C. *si per vim*.

(1) Abbiamo sopra supposto che questo caso fosse da figurare così: ora siamo in termine di poterlo provare. In fatti, se il possesso precedente fosse cessato per solo effetto della occupazione del possessore attuale, per gli stabili avrebbe potuto applicarsi l'interdetto *de vi*, e pe' mobili la *condictio furtiva*: ma Giustiniano dichiara egli stesso il caso esser di sorte, che per dritto antico non vi avea luogo veruna azione.

(1) Cod. Just. VIII, 5.

SEZIONE QUINTA

Della juris quasi possessio

§. 44.

Il dritto del possesso posa in sulla protezione concessa al semplice esercizio della proprietà, contro alcune determinate forme di violazione. Cotesti modi di violazione, e così detta protezione, sono parimente applicabili ad alcuni altri dritti, i quali tuttochè parti costitutive della proprietà, nondimeno sieno da essa staccati (*jura in re*): e tale applicazione il roman dritto ha recata ad effetto. I rapporti che sono tra la *juris quasi possessio* ed il vero possesso, furono già esposti nel §. 12. Qui dobbiamo risolvere le stesse tre questioni per noi trattate in quanto al possesso, cioè ragionare dello acquisto della *juris quasi possessio*, della sua perdita, e di come gl'interdetti la proteggano. Debbono poi le nostre ricerche separatamente versare intorno a ciascuna specie di detti dritti reali: ondechè questa sezione tratterà partitamente di tre cose:

1. Delle servitù personali (§. 45).
2. Delle servitù reali (§. 46).
3. Dei diritti reali (*jura in re*), che non vanno fra le servitù.

Bisogna anche premettere alla materia particolare una generale osservazione. L'acquisizione e la continuazion del dritto hanno a fondamento, così nella *juris quasi possessio* come nel possesso proprio, la coesistenza del rapporto fisico e di quello morale (*animus*). Questa seconda condizione in tutti i detti dritti reali segue appunto quegli stessi principii che nel possesso. Nessuna *juris quasi possessio* si acquista senza l'*animus possidendi*, ed il solo animo contrario (1) fa sempre cessar le ragioni derivanti da tale possesso. Questa generale avvertenza ci dispenserà di trattar dell'*animus possidendi* nello esame de' singoli dritti reali (2).

(Agg. alla 6ª ediz.) Quant'è alla protezione delle servitù, alcune delle quali hanno per se gl'interdetti medesimi da noi sposti in proposito del possesso proprio, altre hanno degli interdetti speciali; accade altresì di generalmente notare, che il *possessor corporis* può difendere il suo possesso della libertà (1) per mezzo degli interdetti *Uti possidetis ed Utrubi*, a' quali il possessor della servitù può opporre l'interdetto suo proprio in forma di eccezione.

(1) *Animus in contrarium actus*. V. il §. 32, in princ. (*Trad*.)

(2) La *bona fides* non è richiesta, eccetto che nel solo interdetto *de aqua* (§. 46).

§. 45. *Delle servitù personali.*

Le servitù personali (ciò sono principalmente l'usufrutto e l'uso) hanno questa specialità, che non si possono esercitare senza il natural possesso della cosa medesima. Per questo la loro *quasi possessio* somiglia più di qualunque altro dritto reale al possesso propriamente detto, e tal somiglianza si appalesa non pur nello acquisto e nella perdita, ma eziandio negli interdetti.

L'acquisto di questa spezie di possesso si fa per mezzo degli atti medesimi, che quello del possesso proprio: segnatamente con la tradizion della cosa, o quando il proprietario introduca l'acquistatore nel podere, o quando lasci prender possesso all'usufruttuario medesimo (2); sì veramente che si determini il particolare scopo di questi atti (3).

(1) Cioè, della cosa libera da quella servitù che l'avversario pretende. « Sittostochè la libertà della proprietà di una cosa.... è ristretta da un « dritto appartenente altrui che al proprietario, « questa cosa si dice servire, *res servit* ». Mackeldey, pag. 207 della mia traduzione. (*Trad.*)

(2) L. 3. pr. D. *de usufr.* « Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut « heres jubeatur dare alicui usumfructum. *Dare « autem intelligitur, si induxerit in fundum legata« rium, eumve patiatur uti frui.* Et sine testamento « autem si quis velit usumfructum constituere, pa« ctionibus et stipulationibus id efficere potest ». Le *pactiones* e *stipulationes* non riguardono il possesso, ma il dritto medesimo; il quale nel giure antico s'acquistava mediante la cession giuridica (*in jure cessio*), e nel moderno, mediante una semplice convenzione, *V. Ulpiano*, XIX. 11; §. 4, Inst. *de serv. praed.* — §. 1, Inst. *de usufr.*

(3) Ch'è di dare il quasi possesso d'un dritto, non il possesso della cosa. (*Trad.*)

La *juris quasi possessio* continua, come ogni altro possesso, tanto che duri la possibilità di riprodurre l'atto originario (1): cessando questa, quella si perde. Nondimeno havvi anche un altro particolar modo di perdere il quasi possesso, di cui parliamo: perciocchè per effetto del nonuso spegnendosi a capo di un certo tempo la stessa servitù, il possesso di questa dee riputarsi perduto in tutto il detto spazio di tempo, contuttochè al possessore in quel mentre sia stato sempre possibile di rimettere in atto il suo potere. Ma d'altra parte non è da pretendere che qualunque nonuso, per quanto breve, ponga fine al possesso; perocchè a tal modo nè la conservazion del possesso nè la usucapione sarebbero più possibili. Non resta adunque, se non ammettere che il possesso rimanga sospeso durante il nonuso (sempre, già s'intende, che non sia occupato da da un altro), e che il rinnovamento dell'uso, ovvero il trascorrimento di tutto il termine legale, faccian decidere se in quel frattempo il possesso abbia esistito, o pur no (2). Ed appunto tale incertezza provvisoria è cagione che questa specie di cessazion del possesso non esercita alcuna influenza sugli interdetti (3).

Il possesso qui trattato ha comune con tutti gli altri, che può esser continuato per mezzo di un rappresentante, verbigrazia di un fittaiuolo: e solamente nell'applicazion di questa regola a'singoli casi è di bisogno qualche particolar dichiarazione. Dico adunque, in primo luogo, che il dritto in cotali servitù essendo inerente a una determinata persona, e perciò inalienabile, la vendita o donazione di quello non può, quanto a' punti essenziali, se non risolversi in una semplice locazione e produrre un dritto puramente personale contro all'usufruttuario, senz'altra differenza, che nella forma di così fatta *obligatio*. Dal che noi conchiudiamo, in quanto al possesso, che in tutti i casi ne' quali il possesso della *cosa* validamente si trasferisce, quello dell'*usufrutto* rimane mai sempre all'usufruttuario: in guisa che questi conserva il suo quasi possesso affatto egualmente, o ch'egli allogli il suo usufrutto, o che lo venda, o che lo doni, o che pel *precarium* lo ceda (1). — In secondo luogo, l'usufrutto può anche darsi in fitto al proprietario della cosa: ed allora costui continua il possesso a pro dell'usufruttuario. Ma quando il proprietario venda la cosa senza riserva dell'usufrutto, o ch'egli la fitti in nome suo proprio, cioè parimente senza tener conto dell'usufrutto, allora il possesso dell'usufruttuario finisce (2).

In fine, gl'interdetti nel presente quasi possesso sono appunto i medesimi che nel possesso proprio: il che probabilmente sarà stato principal cagione della confusione di questi due dritti (3). E poichè l'esercizio di siffatte servitù dipende, siccome quello della proprietà, dal natural possesso della cosa medesima, e che quindi il turbamento in ambo i casi si commette ad un modo; così anche la protezione che la legge accorda contro la violazione di tale esercizio è ordinata al modo stesso. E venendo al particolare:

(1) Lo stesso particolar diritto, che il possesso proprio dava in sullo schiavo scappato (*servus fugitivus*), si applica, ed anche più favorevolmente, a cotesta *juris quasi possessio*. L. 12, §. 3, 4, D. *de usufr.*

(2) Simigliante sospensione occorre talvolta nell'usufrutto, in quanto alla proprietà de' frutti.

(3) Egli vi ha una somiglianza, quantunque non intera, con la continuazione del possesso, in quanto che questo mena ad uno acquisto per la via della prescrizione. A questo proposito Unterholzner (*Della Prescr.* §. 214) ammette che il possesso continua anche quando l'esercizio è interrotto, e che d'altra parte è interrotto quando l'esercizio ne sia stato tralasciato per lunghissimo tempo: il quale avviso, che certamente molta latitudine lascia alla discrezione del giudice, par che sia vero. (Agg. alla 6.ª ediz.)

(1) L. 12, §. 2, D. *de usufr.* « Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere (sottintendi qui, *per esempio*) vel locare, vel vendere potest: *nam et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti:* atque ideo retineri usumfructum ». Queste ultime parole risguardano allo estinguimento dello stesso usufrutto, cagionato da non averlo usato per certo tratto di tempo: ondechè la continuazion del possesso è qui indirettamente necessaria a conservare il dritto medesimo.

(2) L. 29, pr. D. *qui mod. usufr.* — Questo frammento non è di uso alcuno nella disputa (§. 32) relativa al possesso medesimo: perciocchè la *juris quasi possessio* è altro che il possesso proprio; e nel nostro caso il tutto dipende della particolar relazione ch'è tra l'usufruttuario ed il proprietario, alla quale il proprio possesso non ha niente che somigli.

(3) I *Fragm. Vaticana*, §§. 90-93, ci fanno soltanto assapere che ciascun de' nostri interdetti non andava applicato al presente caso, se non come *utile interdictum*. Il luogo principale, ch'è il §. 90, vuol essere emendato così: « Si usufructu « legato legatarius fundum nactus sit, competit « *utile* interdictum adversus eum, quia non pos- « sidet legatum, sed potius fruitur. *Inde et* in- « terdictum uti possidetis utile hoc nomine pro- « ponitur, *et* unde vi, quia non possidet etc. ». (Agg. alla 5.ª ediz.).

I. Trattandosi di uno stabile, rispetto al quale la *juris quasi possessio* sia stata solamente turbata, non tolta via del tutto, ha luogo l' interdetto *uti possidetis*, ne' seguenti casi: *a*) quando di più persone aventi a comune l'usufrutto della cosa medesima, una turbi il possesso dell'altra; *b*) quando l'usufruttoario vuol contrastare a' soprusi del proprietario, e viceversa; *c*) quando una terza persona, che non ha ragione alcuna nella cosa, disturbi il possesso dell' usufruttuario; *d*) quando, in fine, differenti diritti in sulla cosa medesima, verbigrazia l'usufrutto e l'uso, appartenendo separatamente a diverse persone, occorra proteggere il godimento dell'una contro il turbamento dell'altra (1).

II. Come per gli stabili l'interdetto *uti possidetis*, così pe' mobili l' interdetto *utrubi* è da applicar parimente alla *juris quasi possessio*: e che ciò non sia espressamente ordinato nelle nostre fonti del dritto, non dee recar meraviglia alcuna a chi consideri la poca briga che generalmente queste si danno dell' interdetto *utrubi*.

III. Quando il possesso sia, non solo turbato, ma cessato per effetto della violenza, lo spossessato ha l' interdetto *de vi* (2). In dritto antico, egli non lo aveva pe' mobili, salvo solamente se li avesse perduti unitamente con lo stabile (*quae ille tunc habuit*) (3): ma l'allargamento di questo interdetto alle cose mobili, che le costituzioni ordinarono in quanto al possesso proprio, fa parimente per il quasi possesso. L'azione mira primieramente alla restituzion della cosa, standochè l'esercizio di cotali dritti non è possibile senza il natural possesso di quella; dipoi tende al pieno ristoro del danno patito (1). La rifazion de' danni sarà anche, in molti casi, unico obbietto dell' azione; per esempio, quando il dritto stesso alla servitù sia spento per la morte dell' usufruttoario, suo mutamento di stato (*capitis deminutio*), o nonuso: ne' primi quali due casi son da rifare i danni pel solo tempo passato (2), perchè d'allora innanzi l'usufrutto sarebbe mancato, quand' anche la *dejectio* non fosse mai stata (3); ma quando l' usofruttuario abbia perduto suo dritto per non aver potuto usarlo, essendo allora la *dejectio* stata la causa della perdita, la rifazion del danno dee stendersi ancora al tempo seguente (4).

IV. È chiaro che qui non ha luogo alcuno l'interdetto *de clandestina possessione*, quandochè nello stesso possesso proprio il suo nome non è stato conservato che accidentalmente.

V. Da ultimo, l'esercizio di così fatta servitù può anco esser conceduto ad un altro per via del *precarium* (5); ed allora, giusto la lettera stessa dell' Editto, la restituzione si chiede per mezzo dell' interdetto *de precario* (6).

§. 46. *Delle servitù reali.*

Il possesso delle servitù reali non è così piano, come quello delle personali; dovendosi in esso distinguere parecchi casi, e questi molto controversi (7).

---

(1) L. 4, D. *uti poss.* « In summa puto dicen- « dum, et *inter fructuarios* hoc interdictum red- « dendum, et si alter *usumfructum*, *alter posses-* « *sionem* sibi defendat. Idem erit probandum, et « *si usumfructum quis sibi defendat possessionem*: et « ita Pomponius scribit. Proinde et si *alter usum*, « *alter fructum* sibi tueatur, et his interdictum « erit dandum ». — Wiederhold, p. 51, dà una spiegazione affatto erronea di questo passo, conseguentemente alla idea ch' egli ha di questo interdetto. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(2) L. 3, §. 13 a 14, D. *de vi*. — L. 60, pr. D. *de usufr.* in quanto all' usufrutto: quant' è poi all' uso: L. 3, §. 16, D. *de vi*. — L. 27, D. *de donat.* — Huener, *Diss. de rest. usufructuarii ex interd. unde vi.* Argentor. 1631. — G. A. Struvius, *Diss. de int. unde vi quatenus usufructuarius ex eo restituatur.* Jenae, 1638.

(3) L. 3, §. 15, D. *de vi*.

(1) L. 9, §. 1, *ead.* « Dejectum ab usufructu « in eandem causam praetor restitui jubet: id « est, in qua futurus esset, si dejectus non esset ».

(2) Cioè, del solo tempo antecedente alla perdita, ch'è quello corso di mezzo tra la dejezione dell' usufruttuario e la sua morte o mutazione di stato; nel qual mezzo tempo è chiaro ch' egli, non essendo scacciato, avrebbesi goduto i frutti ed ogni altra commodità della cosa. All' incontro, colui che dopo scacciato veniva a perder l' usufrutto per esser restato di usarlo tutto il tempo dalla legge prescritto, avrebbe senza ciò usufruttato la cosa anche dopo il tempo in cui si trova averlo perduto, appunto perchè perduto non lo avrebbe; e perciò dev' esser rifatto anche di quei danni che nell' ora della perdita erano a venire. (*Trad.*)

(3) L. 60, pr. D. *de usufr.* — L. 3, §. 17, D. *de vi*.

(4) L. 9, §. 1; L. 10, D. *de vi*.

(5) L. 12, §. 2, D. *de usufr.*

(6) L. 2, pr. D. *de prec.* « Quod *precario* ab « illo *habes*, id illi restituas ». — L. 2, §. 3, D. *ead.* « *Habere precario* videtur, qui possessionem « vel corporis vel *juris* adeptus est ».

(7) Oppenritter, *Summa poss.* P. 1, c. 5, *de acquis. quasi possessionis*. Egli si occupa quasi che delle sole servitù reali.

Tutte le servitù reali sono eccezioni alla regola generale dell'altrui proprietà: perciocchè per esse o il padrone della servitù è abilitato a fare tal cosa, che senza di quella gli potrebb'esser vietata (*servitus quae in patiendo consistit*); ovvero il proprietario dee rimanersi da far qualche cosa, la quale senza questa servitù sarebbe di sua ragione (*servitus quae in non faciendo consistit*) (1).

Le servitù della prima sorta son delle *positive* o pure *affermative*; le seconde, *negative* o pure *dritti di astenimento*. Nelle positive, il fatto permesso o si riferisce *mediatamente* al fondo di un altro, com'è per esempio il dritto di passaggio (*jus itineris*). o immediatamente, verbigrazia il dritto di poggiar la trave in sul muro del suo vicino (*jus tigni immittendi*). Abbiamo dunque di tre sorte servitù reali, le quali importa molto di non confonder tra loro (2).

La prima sorta è di quelle servitù positive (*quae in patiendo consistunt*), l'esercizio delle quali costituisce un atto sussistente da sè. — Quanto a queste, il modo di acquistare la *juris quasi possessio* si può generalmente definire l'*esercizio* di quell'atto, ch'è l'obbietto del diritto, fatto una volta qualunque, purchè fatto appunto come di un dritto (3).

(1) Le servitù personali non ammettono questa distinzione, appartenendo tutte alla prima sorta.

(2) Questa divisione si riscontra quasi a capello con quell'altra di *jura praediorum rusticorum*, che son compresi nella nostra prima classe, e *jura praediorum urbanorum*. compresi nella seconda e terza: ma questo riscontro essendo affatto accidentale, non regge per tutti i rispetti.

(3) L. 25, D. *quemad. servit.* « Servitute usus « non videtur, nisi is, qui *suo jure uti* se cre« didit; Ideoque si quis pro via publica vel pro « alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec « actio utiliter competit «. Per siffatto contrapposto è chiaro, che l'equivoco termine *credidit* nel primo membro non è posto a significar la *bona fides*, ma il verace *animus possidendi*. — L. 7, D. *de itin.* « Si per fundum tuum nec vi nec clam « nec precario commeavit aliquis, non tamen *tan« quam id suo jure faceret*, sed, si prohiberetur, « non facturus; inutile est ei interdictum de iti« nere actuque: nam ut hoc interdictum compe« tat, *jus fundi possedisse* oportet ». Conf. L. 1, §. 6. *eod.* Questa essenzial condizione di così fatto *quasi possesso* dee qui risguardarsi soltanto come la particolar forma, sotto cui l'*animus possidendi* si appalesa. In fatti, il passar per entro un podere a fine di favellare al possessore, non porta seco l'*animus possidendi*, qual che peraltro sia la propria intenzione dell'agente. (Agg. alla 6., ediz.).

Per esempio, colui che traversa il podere del suo vicino per andargli a parlare, non esercita un dritto di passaggio (*jus itineris*); ma chi ha in animo di avere a esercitar questo dritto e, contrastante invano il proprietario, a forza lo fa, realmente acquista il possesso: onde si ha che all'acquisizione di tal sorta possesso non è punto richiesta la *patientia* del proprietario (1). — Quant'è alla perdita del possesso, sono qui da applicare gli stessi principî stabiliti di sopra per le servitù personali; con questo solo di giunta, che il possesso può conservarsi mediante gli atti di qualunque persona, anco sfornita affatto della qualità di rappresentante, sol ch'essa operi a nome del fondo dominante (*fundi nomine*): LL. 5, 6, 20, 24, D. *quemad. servit.*; L. 1, §. 7, L. 3, §. 4, D. *de itin.* È poi qui la perdita del possesso importante in riguardo agli interdetti, a cagione di parecchie disposizioni particolari a queste servitù. — Quant'è agli interdetti finalmente, sono essi qui ordinati in modo affatto speciale, nè le ordinarie azioni possessorie possono avervi alcun luogo (2). Non l'interdetto *de vi*, perchè una deiezione propriamente non è immaginabile (3). L'interdetto *de precario*, a dir poco, è soverchio del tut-

(1) L. 20, D. *de servit.* « Ego puto, *usum* ejus juris (trattavasi di servitù reale) pro traditione possessionis accipiendum esse »: dove il termine *usus*, senz'altra designazione, dinota il prendimento (*apprehensio*). Lo stesso può inferirsi dalle *eccezioni* da opporre a' diversi interdetti (*vi, clam, precario*): le quali qui, nè più nè meno che nel possesso proprio, sarebbero invano, se non fosse da dire che il prendimento ha luogo in que'casi, a' quali appunto vanno applicate. Due testi si allegano in contrario (L. 11, §. 1, D. *de publ. in rem act.*; L. 1, §. 2, D. *de serv. rust.*): ma in questi non si ragiona dell'acquisto del possesso del dritto, sì bene del dritto medesimo. Il quale, veramente, era ingenerato dalla *cessione* e dalla *mancipazione* (Ulpiano, XIX, 1, 11), ma non dalla *tradizione*, da cui nasceva soltanto un'azione publiciana (LL. cit.). Questa tradizione, siccome ogni altra, presuppone il consenso dell'autore (*tradens*), e questo consenso porta sempre con sè la *patientia*.

(2) Vari giureconsulti nondimeno le hanno ammesse: per es. Busio, *Subtil. jur.* VII, 5, e pur dianzi Thibaut, *Archiv.* t. 1, p. III; t. 18, p. 325. — Gilanio, sul tit. C. *uti poss.*, le rigetta.

(3) L. 4, §. 27, D. *de usurp.* « Si viam habeam « per tuum fundum, et tu me ab ea *vi expuleris*; per longum tempus non utendo amittam « viam: quia nec possideri intelligitur jus incor« porale, *nec de via quis*, *id est mero jure*, de« truditur ».

to; perocchè colui, il quale dopo aver dato precariamente licenza ad un altro di passar per entro il suo podere, voglia rivocar questo favore, ha per suo sostegno l'interdetto *uti possidetis* (1): senza che, lo scopo dell'interdetto *de precario*, stando a' suoi propri termini, è la restituzione di cosa data, il qual effetto nel caso nostro non si può punto immaginare (2). L'interdetto *uti possidetis* sarebbe dunque il solo, la cui applicazione si potesse qui immaginare: nondimeno le leggi nol concedono, ma danno particolari interdetti pe' casi più importanti di questa sorta (3); ondechè non s'ha dritto ad un'azione, se non ne' propri casi previsti (4), e con le sole forme espressamente ordinate, come partitamente esporremo:

---

(1) Ecco come è da determinar la correlazione di questi interdetti infra loro: il proprietario ha per effetto del suo possesso l'interdetto *uti possidetis;* a cui il reo, essendo in possesso della servitù, può opporre l'interdetto *de itinere*, in forma di *eccezione:* ma se il possesso della servitù dipende da un *precarium*, l'attore può ammetter l'esistenza del possesso, e nondimeno ribattere la eccezione mediante una replica.

(2) L'*habere precario* ha luogo in ogni *jus in re* (L. 2, §. 3, D. *de prec.*), e particolarmente nelle servitù di questa prima sorta (L. 3; L. 15, §. 1, *eod.*); ma il simile non è del *restituere precarium*, ch'è l'unico scopo dell'interdotto (L. 2, pr. *eod.*). Non è però senza importanza il saper se queste servitù sieno n no fondate in un precario, per rispetto almeno di quelle *eccezioni* che da tai circostanza dipendono (L. 1, pr. D. *de itin.*).

(3) L. 20 in fin. D. *de servit.* « Ideoque et *in-* « *terdicta veluti possessoria* constituta sunt ». Thibaut (*loc. cit.* p. 116) prende questa vaga espressione per una regola generale; ma senza ragione, potendo il senso esser anche questo: « Perciò in « *molti* o *parecchi* di questi casi vi sono ancora « de' mezzi giudiziali possessorii ».

(4) Essendo gl'interdetti possessorii tutti di natura positiva, non può l'interdetto *uti possidetis* ammettersi ne' casi che non sono espressamente previsti: perciocchè questo non sarebbe applicare un general principio ad un caso speciale, ma piuttosto allargare una particolar disposizione ad altri casi affatto nuovi, ed oltre a ciò favorire le più lievi servitù sopra alle più antiche ed importanti di questa classe (*via*, *actus*, *iter*, *aquaeductus*). Nè anco si può pensare che i particolari interdetti di queste servitù sieno per analogia da applicare a' casi non designati, perciocchè le condizioni di siffatti interdetti troppo sono proprie di ciascuno, (Agg. alla 4.ª ediz.) — Egli è da principalmente considerare in questa controversia, che se *particolari* interdetti sono stati ordinati per parecchie di queste servitù, questo non si deve attribuire al caso: sì bene alla particolar natura di esse, consistente nella intermissione degli atti, e però ostante

1 *Jus itineris*, *actus*, *viae.*

Fonti: Digesto, XLIII, 19. — *Autori:* C. Albert, *Del poss. di cose incorporali* N.° 1: *Dell'interd. poss.* de itinere actuque privato. Lipsia, 1826. — J. C. Althof, *Dell' interd.* de itin. act. privato. Rinteln, 1836.

Prima condizione di questo interdetto è il possesso della servitù: il quale perciò si vuole innanzi tutto specificar di vantaggio. Esso ha comune con ogni *juris quasi possessio*, che la servitù dev'essere stata esercitata *come un diritto*, o dall'attore medesimo, o da un altro in suo nome (1): il perchè, colui che traversa l'altrui fondo per qualche altra cagione, poniamo per essere il solito cammino inondato, non opera da possessore; anzi si ha cura di particolarmente distinguere questo caso da quello della *precaria possessio* (2). Ancora, il solo esercizio della servitù non basta, ed una certa *misura* è pur prescritta come condizione dell'interdetto, bisognando che colui, il quale vuol ricorrere allo stesso abbia esercitato il dritto almanco trenta dì dall'ultimo anno, a partire dal giorno della instanza (3). Può nondimeno questo computo variare, quando per esempio l'esercizio sia stato impedito nell'ultimo anno con la violenza o per altra sufficiente cagione: nel qual caso il sopradetto computo, per effetto di rintegrazione concessa all'attore (4), si può fare nel pe-

---

all'applicazione de' generali interdetti. Bisognando pertanto circonscrivere più strettamente la *specie di esercizio* sufficiente a dar dritto alla protezion possessoria, nelle servitù di transito si ricercarono trenta dì, in quelle relative all'acqua un esercizio qualunque entro l'ultimo anno. Ma con questo a tutti i casi di maggior momento pe' romani, era provveduto; e pe' casi manco importanti, a' quali gl'interdetti generali non eran certamente più applicabili che a quelli di maggior momento, doveva bastare l'azione petitoria. Quant'è alla servitù di pascolo, pare a noi che presso i romani ella non fosse nè frequente, nè importante come *servitù*; il che ci spiega, se non soddisfacentemente per la nostra pratica, almeno storicamente, il totale mancamento di una protezion possessoria. — Del resto, noi consentiamo che siffatta controversia, importante per la teoria, non ha luogo alcuno nella pratica, essendo a cotali servitù applicabile il *remedium spolii*. *V.* appresso, l'aggiunta al §. 50. (Agg. alla 6.ª ediz.).

(1) L. 1, §. 7, 8, 11; L. 3, §. 4, D. *de itinere.*

(2) L. 1, §. 6; L. 7, *eod.*

(3) L. 1, §. 2, 3, *eod.*

(4) « Per in integrum restitutionem ex illa parte: « *Si qua mihi justa causa esse videbitur* ». L. 1, D. XLIII, 20. E sopra la detta parte dell'Editto si può vedere il titolo sesto del libro quarto del Digesto. (*Trad.*)

nultimo anno (1). Noteremo infine, sopra questa condizione, che *l'accessio possessionis* serve per fissare il termine dell'esercizio; nulla montando se durante trenta dì dell'ultimo anno sia stato il dritto esercitato dall'attore medesimo, o dal suo autore (venditore, testatore, donatore, o altro che sia), o anche da tutti e due (2). Ma quando il termine sia compiuto dal solo autore, l'interdetto, in quanto all'attore, è di quelli *adipiscendae possessionis* (3). — La seconda condizione dell'interdetto è il turbamento violento, ch'è da definire a quel modo medesimo che in quanto all'interdetto *uti possidetis*. L'interdetto va usato contro a qualunque operator della violenza, o ch'egli sia lo stesso proprietario del fondo servente, o che altri: ond'è chiaro com'esso non si fondi unicamente ne' rapporti della servitù con la proprietà (4).

L'attore con questo interdetto domanda, la prima cosa, che il turbamento del suo possesso abbia fine (5), e in seconda, ch'ogni suo danno sia rifatto (6): sicchè l'effetto di questo interdetto si riscontra a punto con quello dell' *uti possidetis*.

Finalmente l'*eccezioni* non possono riferirsi che al come la servitù sia stata esercitata, non essendo mestieri ricorrere ad eccezioni di prescrizione, giacchè il fatto, su cui l'attore dee fondar sua dimanda, inchiude già una limitazione di tempo. La regola dunque di tali eccezioni è, che nessun giorno in cui la servitù sia stata esercitata a forza, di nascosto, o precariamente, non può entrare nel computo dei trenta di sopradetti (7). Altro effetto queste eccezioni non hanno: e però se la servitù è stata esercitata i trenta dì senza alcuno di questi tre vizi, non vi sarebbe eccezione in contrario, quand'anco fosse stata viziosamente esercitata alcun tempo di più (8). D'altra parte egli è il medesimo, o che il vizioso esercizio della servitù abbia avuto luogo contro il convenuto proprio, o che contro i suoi rappresentanti, o che contro un possessore antecedente. Chi dunque compra, chi eredita un fondo, acquista ad un tempo l'eccezioni competenti a quel possessore, dei quai egli è successore giuridico.

L. 3 §. 2, D. *de itin.* « Si quis *ab actore* « *meo* (1) vi, aut clam, aut precario usus « est; recte a me via uti prohibetur, et in- « terdictum ei inutile est: quia a me vide- « tur vi, vel clam, vel precario possidere; « qui *ab actore* (2) *meo* vitiose possidet. Nam « et Pedius scribit, si vi, aut clam, aut « precario ab eo sit usus, in cujus locum (3) « heredítate, vel emptione, aliove quo jure « successi, *idem esse dicendum*.... ».

La lezion fiorentina è pochissimo verisimile, perciocchè Ulpiano direbbe una seconda volta il medesimo, esprimendosi nondimeno come s'ei volesse dire altro: in fatti, le parole *idem esse dicendum* (nelle quali principalmente noi ci fondiamo) non possono rettamente significare, se non un secondo caso, di cui si voglia sentenziare lo stesso che del primo. La nostra lezione toglie ogni difficoltà: secondo essa, trattasi qui primieramente di un atto di violenza fatto al mio *actor* (cioè lo schiavo da me posto per soprastante d'un podere); in secondo luogo, di quello di simil natura fatto al mio *auctor* (cioè venditore, testatore, o altro): or nel primo caso mi si concede la

---

(1) L. 1, §. 9, *de itinere*.

(2) L. 3, §§. 6-10; L. 6, D. *de itinere*.

(3) L. 2, §. 3, D. *de interd.* « Adipiscendae possessionis sunt interdicta .... ex hoc genere est et: *Ex quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto* ».

(4) L. 3, §. 5, D. *de itin.*

(5) L. 1, pr. D. *eod.* « ... vim fieri veto ».

(6) L. 3, §. 3, *eod.*

(7) L. 1, pr.; L. 3, pr., §. 1, D. *de itin.*

(8) L. 1, §. 12; L. 2; L. 6, *eod.*

(1) Così leggono quattro mss. di Parigi, e la edizione (forse unica in questo) di Parigi del 1536, in 4.° — Una glosa anonima interlineare (ms. Par. 4179) aggiunge: « id est administratore »: onde si vede ch'essa pure presuppone la lezione *actore*, e dee quindi esser tratta d'un ms. che così leggeva. — Odofredo, su questa legge: « alii habent, *ab actore*: id est a castaldione ». — Fiorent.: « ab *auctore* vi ». — Rom. 1476 ec., ed anco due edizioni antecedentemente uscite della stessa stamperia che la citata edizion di Parigi (Par. 1510 e 1514, in 4.°): « ab *auctore meo vi* ». — Il pronome *meo* vedesi pure in molti mss. — Intorno alla frequente confusione de' vocaboli *actor* ed *auctor*, ed anche *actio* con *auctio*, vedi Cuiacio, XXIV, 8.

(2) Così l'ed. Parigi 1836 in 4°, e tre de' sopradetti mss.; il quarto ha *auctore*.

(3) Così le antiche edizioni, comprese quelle di Aloandro e di Parigi 1536 in 4.° — L'ed. di Basilea, 1541, in fol. (ap. Hervag.) legge: « *Non* in cujus locum ». — Le ed. Lugd. 1551, 1557, in 4° (Portanae), danno quest'ultima lezione come variante. — La ed. Ventimilliana (Parigi 1518, in 8°) la dà come variante di un Codice Medic., e molte altre edizioni le tengono dietro (Lione, 1551, in 12°; Parigi, 1552, in 8°; Russard. Charondas, Paciana, Baudoz). Non è per altro da confondere questo ms. mediceo col celebre ms. di Firenze: conf. Brencmann, *Hist. Pand.* p. 254. — Noi non abbiamo trovato il *non* in alcun manoscritto.

eccezione cui dà diritto l'atto di violenza, e del secondo si dice ch'è da osservare il medesimo (*idem esse dicendum*). — La lezione di Hervag leverebbe egualmente via la difficoltà, ma per tutt' altro modo: secondo questa, tratterebbesi nella prima frase di un successore giuridico (*ab auctore*), nella seconda d' uno non giuridico (*non cujus in locum... jure successi*). Ma allora il secondo caso, oltre ad esser malissimo espresso, andarebbe contro ogni analogia.

II. *Jus reficiendi iter, etc.*

Fonte: Digesto, XLIII, 19 (L. 3, §. 11, ec.).

Questo secondo interdetto appartiene alle servitù medesime che l'anzidetto, tendendo alla riparazione di quel cammino, di cui l'altro proteggeva l'uso. Qui dunque l'attore domanda che il proprietario non gl'impedisca di restaurare il cammino.

Questo interdetto, per ragioni facili a vedere, è sottoposto a più restrizioni del precedente. In fatti, l'attore dee dar cauzione pel danno che risultar potesse da' suoi lavori (1): bisogna, oltracciò, ch'e' provi il suo *jus reficiendi*, la qual cosa distingue questo interdetto da tutte le altre azioni possessorie: ed è necessario in terzo luogo, ch'egli abbia il possesso appunto come per l'interdetto antecedente. Ancora, essendo il *jus reficiendi*, fino a che non sia dimostrato il contrario, considerato come conseguenza della servitù medesima, l'attore è in obbligo di provare, oltre al suo *possesso*, il suo *dritto* alla servitù (2).

Vero è che il *dritto* alla servitù, non che esser la condizione, è anche l'obbietto di questo interdetto, il quale non pur protegge l' attore contro ogni turbamento de' suoi lavori, ma gli fa altresì *aggiudicare*, a similitudine dell'azion confessoria, il dritto medesimo alla servitù, sempre ch'egli riesca nella pruova (3). Sicchè dall' interdetto all'azion confessoria non sono altri rapporti, se non che colui il quale può solo provare il suo dritto alla servitù, può con la detta azione confessoria essere mantenuto nel pieno

(1) L. 3, §. 11; L. 5, §. 4, D. *de itinere*.
(2) L. 3, §§. 11, 13, 14, *ib.*
(3) L. 2, §. 2, D. *de interd.* » Quaedam in« terdicta *rei persecutionem continent*, veluti de « itinere actuque privato (sc. reficiendo): *num « proprietatis causam continet* hoc interdictum ». — Il confronto di questo passo con la L. 3, §. 13, D. *De itin.* prova incontrastabilmente ch'esso è ristretto all' interdetto *de itinere reficiendo*. — Costa, sul pr. Inst. *de interd.* (*V.* l'agg. alla 6.ª ediz., in fine del §. 6).

esercizio di tal diritto; dovechè nel nostro caso in particolare, potendo l'attore oltre al dritto provare ancora il suo possesso della servitù, egli può scegliere tra l'azione e l'interdetto. — Poichè dunque questo interdetto non altro è che un' azion confessoria sotto altra forma, mancata quella forma di procedere che da quest' azione lo distingueva, non accade più ragionarne.

III. *Jus aquae quotidianae vel aestivae ducendae* (1).

Fonte: Digesto, XLIII, 20.

La prima condizione di questo interdetto è il possesso della servitù; la seconda che la venga esercitata col convincimento di averne dritto *bone fidei possessio*) (2), ed infine che tal esercizio abbia avuto luogo nell' ultimo anno, ovvero (quando l' acquedotto non è stato usato che di està o d' inverno) negli ultimi diciotto mesi (3). — L' altra condizione è un turbamento violento del possesso, o che da parte del proprietario, o che di un terzo (4). — Quando più persone contendono circa il medesimo acquedotto, questo interdetto, come quello *uti possidetis*, è doppio (*duplex interdictum*) (5).

L'obbietto dell' azione è primieramente il toglimento di ogni ostacolo al libero esercizio del possesso (6); di poi, la riparazion del danno cagionato dal turbamento, il qual danno in questo caso, come in tutte le altre servitù, può consistere altresì nella perdita del dritto medesimo per effetto del non uso (*non usus*) (7).

Il convenuto può contraddire, dicendo la servitù essere stata esercitata in modo illegittimo, cioè *vi*, *clam*, o *precario* (8).

IV. Fu ancho dato un particolare inter-

(1) Par verisimile che questo interdetto sia stato originalmente relativo alla sola agricoltura, e che poi lo si fosse allargato ad ogni sorta di condotti di acqua (L. 1, §§. 11, 13, 14; L. 3, pr. D. *de aqua*), tanto che si applicasse ancora a quelli conceduti non a' poderi, ma soltanto alle persone (L. 1, §§. 12, 24, *eod.*).
(2) L. 1, §§. 10, 19, D. *de aqua*.
(3) L. 1, §§. 31-36, *eod.*).
(4) L. 1, §. 25, D. *de aqua*.
(5) L. 1, §. 26, *eod.* « Si inter *rivales*, *id est « qui per eundem rivum aquam ducunt*, sit con« tentio de aquae usu, utroque suum usum esse « contendente; duplex interdictum utrique com« petit ». (Circa la definizione di *rivalis*, vedi la Glosa sul c. 18, C. 32, q. 5). Conf. L. 4, D. *de aqua*, e Paolo, V, 6, §. 9.
(6) L. 1, pr. D. *de aqua*: « .... vim fieri ve« to ». — L. 1, §. 27, *eod.*
(7) L. 1, §. 23, D. *de aqua*.
(8) L. 1, pr. §§. 10, 20, *eod.*

detto per la ristaurazione dell'acquidotto; ch'è quello *de rivis*.

Fonte: Digesto, XLIII, 21.

Questo interdetto dipende proprio dalle condizioni medesime che l'anzidetto (1): ondechè l'importanza non è il dritto alla servitù, sì bene il possesso di questa (2). Vuolsi nondimeno anche qui dar cauzione pel danno che il lavoro potrebbe cagionare (3).

V. Altri due interdetti son destinati, al modo medesimo e con le stesse condizioni de' due precedenti, a proteggere contro ogni turbamento il *jus aquae hauriendae*.

Fonte; Digesto, XLIII, 22.

Sicchè colui, il quale abbia tal dritto esercitato nell'ultimo anno senza violenza ecc., può valersi del primo di questi interdetti ad assicurarsi l'esercizio per lo innanzi, e del secondo per poter restaurare il pozzo, o che altro sia, soggetto alla servitù.

Seconda *classe* di servitù reali sono le servitù *positive* immediatamente collegate col possesso di uno stabile. L'acquisto ed il conservamento del possesso loro è facilissimo a diffinire, avendo esse maisempre un obbietto esterno e continuo, la esistenza del quale costituisce l'esercizio effettivo del dritto: come per esempio, trattandosi del dritto di poggiar la trave nel muro del vicino (*jus tigni immittendi*), la *juris quasi possessio* dipende unicamente dalla realtà del poggiamento medesimo (4). Ma gl'interdetti di questa classe di servitù possono soltanto spiegarsi nella seguente.

Alla terza *classe* appartengono le servitù negative. Colui che le ha, può pretendere che il proprietario si astenga da questo o quell'atto, che senza tal servitù la qualità sua di proprietario gli permetterebbe di fare. Di così fatto dritto come si acquista egli il possesso?

Si ha per uso, ma senza ragione, di supporre che questo quesito abbia relazione con l'acquisto del dritto medesimo. Si pretende, al detto effetto esser necessaria, parimente che in fatto di proprietà, la tradizione, con tutto che l'antico dritto non richiedesse altro che la *in jure cessio*, e che nel dritto di Giustiniano il solo contratto sia sufficiente ad operare il detto acquisto (1). La quistione è di qualche momento, prima in quanto al dritto agli interdetti; secondo, in quanto alla usucapione; terzo, in quanto all'azion publiciana, la quale non è qui prodotta al modo medesimo che per la tradizione, ma occorre soltanto nel caso che la servitù sia stata conceduta da tale, la cui qualità di proprietario non fosse provata (2).

Io non so più di un solo caso, in cui l'acquisto del possesso non ammetta contrasto: questo è quando l'atto contrario alla servitù sia stato tentato, ma impedito o dalla semplice contraddizione dell'avversario, o con la violenza, o per divieto del magistrato (3). Da questo caso in fuori, tutto è soggetto a controversia. Alcuni richieggono che per analogia col detto caso un tentativo di esercizio ed un divieto abbian luogo almeno in apparenza (4). Ma simigliante atto simbolico non si accorda gran fatto con la natura del possesso: nessuna pruova positiva può addursi in suo favore, e soltanto la necessità ed il mancamento di ogni altro spediente han potuto indurre i giureconsulti ad accettarlo. Altri per contrario pretendono che a procurare il possesso della servitù negativa sia sufficiente che l'avversario si astenga da qualunque atto; di guisa che, per uno esempio, il proprietario di una casa avrebbe contro a tutti i suoi vicini un *jus altius non tollendi*, cioè ch' e' non potessero alzar le loro case più di quello che sono (5). La quale opi-

(1) L. 3, §. 7, D. *de rivis*.
(2) L. 1, §. 9; L. 4, *eod.*
(3) L. 3, §. 9, *eod.*
(4) L. 20, pr. D. *de serv. urb.* « Servitutes « quae in superficie consistunt, *possessione* retinentur »: cioè a dire, per effetto del possesso della cosa (*corporis*), con la quale si esercita il dritto.

(1) Ulpiano, XIX, 11. — §. 4, J. *de serv. praed.*
(2) L. 11, §. 1, D. *de publ. in rem act.*
(3) L. 15, D. *de op. nov. nunt.* — L. 45, D. *de damn. inf.*
(4) Heister, *Ricerche intorno al principio che le servitù negative si acquistino per sola virtù de' contratti, senza tradizione* (ne' suoi *Trattati*, Halla, 1783, in 4.°, fasc. 3), §§. 14-16. — Thibaut, *Del possesso*, §. 16.
(5) Anche noi abbiam sostenuto questo avviso nelle due prime edizioni, mossi soprattutto dalla L. 6, §. 1, D. *si serv. vind.* « Si forte non ha« beam aedificatum altius in meo, adversarius « meus possessor est ». Ma il termine *possessor* non disegna qui la qualità di posseditore, ma quella di reo convenuto: sicchè il testo dice, l'avversario esser colui che, volendo, può assumer nel processo la qualità di convenuto. Le parole che seguono, favoriscono del tutto siffatta interpetrazione: perchè se si avesse voluto parlar del possesso, non vi sarebbe stata cosa più naturale dello attribuire all'avversario gl' interdetti possessori; dovechè, per contrario, gli si dà soltanto l'interdetto *quod vi aut clam*, al quale è lecito ricorrere senz'aver punto il possesso.

nione è parimente parto della necessità, troppo contrario essendo alla natura medesima delle cose che ogni propretario di stabili abbia realmente a possedere ognora innumerevoli servitù contro a tutti i suoi vicini. — Paro a noi, che la decisione sia da cercare in quel principio medesimo, che abbiamo già stabilito più sopra per le servitù affermative. Il possesso di queste non si acquistava con qual che si fosse esercizio, ma solamente in quanto le si esercitassero siccome un dritto (*tanquam id suo jure faceret*). Sicchè si fa distinzione tra l'uso puramente accidentale o quello fondato sopra motivi giuridici o sopra una cotal necessità; e la ragione della differenza, per queste servitù parimente cbo per le sopraddette, consiste in ciò, che altrimenti l'*animus possidendi* non avrebbe alcun fondamento. Con l'applicar siffatta differenza alle servitù negative, noi veniamo a confutar la seconda delle mentovate opinioni. Perciocchè, se il mio vicino non ha nello edificare passata una certa altezza, io di questa commodità godo in maniera affatto accidentale, e come di un semplice fatto, non mica di un dritto: onde possesso non ho. Lo stesso principio mostra perchè un tentativo da noi fatto daddovero, ma nel quale siamo stati impediti, debba all'impeditore attribuire il possesso: conciosiachè, se il proprietario non tenta più l'atto impeditogli, questo non si dee più reputare effetto del caso, ma sì dello impedimento. Vuolsi il medesimo effetto concedere al *titolo* conferente la servitù: perciocchè quando il nostro vicino ci conferisca mediante contratto o testamento il dritto *altius non tollendi*, allora parimente il non alzare non è effetto del caso, ma di necessità, cioè a dire del contratto o del testamento; e questo atto, che potea darci il dritto medesimo, sì viene a darcene il possesso, senza bisogno alcuno del sopraddetto divieto fittizio. È qui tra l'acquisto del dritto medesimo e quello del possesso questa sola differenza, cbo il primo non ci può esser procurato che dal propietario, dovechè il secondo può esserci procurato altresì dal possessoro.

Adunque, il possesso delle servitù negative si può acquistare a duo modi: 1.° opponendosi all'atto contraffacente alla servitù; 2.° per mezzo di qualunque atto giuridico trasmessivo del dritto alla servitù, nulla montando se questa sia realmente trasmessa, o pur no.

Perdesi il possesso delle servitù negative allorquando l'avversario dà compimento all'atto contrario al possesso: ondechè, se la casa di un nostro vicino, contro la quale noi pretendiamo un *jus altius non tollendi*, sia stata effettivamente alzata di più, il nostro possesso della servitù naturalmente è ito.

Rimane finalmente a trattar degli interdetti, i quali proteggono la seconda e la terza classe delle servitù reali. Ciascuna di così fatte servitù non è, propriamente parlando, altro che una *qualità* del possesso della cosa principale: per esempio, colui che possiede il *jus tigni immittendi* ovvero *altius non tollendi*, non altro ha in effetto, che il possesso di una casa modificato a questo o quel modo. Non era dunque mestieri ordinar dei particolari interdetti per il possesso di tali servitù, quandochè ogni turbamento di quesio costituisce ad un tempo una violazion del possesso della cosa principale. La sola azione adunque, che sia data per lo mantenimento del possesso di tutte cotali servitù, non è mai l'interdetto *de vi*, perchè la più grave violazione di questa sorta non fa cessare il possesso dello stabile; ma sì l'interdetto *uti possidetis* (1). Siffatta regola si mostra evidentissima in una sua stessa eccezione: la qual è, ch'essendosi creduto conveniente di ordinare in quanto al *jus cloacae* l'azion possessoria alquanto diversamente dall'ordine dell'interdetto *uti possidetis*, non solamente fu per la detta servitù dato un particolare interdetto (2), ma eziandio esclu-

---

(1) L. 8, §. 5, D. *si serv. vind.* « ... agi poterit. *jus esse fumum immittere*, quod et ipsum « videtur Aristo probare. *Sed et interdictum uti « possidetis poterit locum habere, si quis prohibea« tur, qualiter velit, suo uti* ». — Trattasi qui di una servitù affermativa della seconda classe, ma nessun dubbio è che lo stesso principio si debba egualmente applicare alle servitù negative. Per queste, però, più raramente accadrà ricorrere alle azioni possessorie; e la ragione u'è, che in esse non si tratta solamente di difendersi da un turbamento e di domandar ristoro di danni sofferti, ma eziandio di far demolire ec. il fabbricato: al quale ultimo effetto si può usare un tutto particolare interdetto (*quod vi aut clam*); il quale non appartiene al numero delle azioni possessorie, ed offre anco più vantaggi di queste, per esser le sue condizioni di più facile adempimento.

(2) Dig. XLIII, 23, *de cloacis* (*sc. purgandis, reficiendis*). — Ciò che questo interdetto ha di proprio, è ch'egli esclude le eccezioni ordinarie (L. 1, §. 7, D. *de cloacis*): la qual particolarità si spiega benissimo, chi considerì esser interesse di tutta la città (« *ad publicam utilitatem spectare videtur* ») che lo spurgamento delle L.

so espressamente l'interdetto *uti possidetis* (1). Questo sentimento parrà anco più plausibile, chi raffronti le due classi di servitù qui discorse con la prima, cioè con la classe delle servitù reali consistenti in atti indipendenti: le quali servitù sono anch'esse qualità degli stabili, cioè a dire il *dritto* da esse dato è una qualità della proprietà dello stabile (2); ma diversamente è del loro possesso. Perciocchè, posando questo sopra atti del tutto indipendenti dal possesso della cosa principale, non si può dire che le servitù sien possedute ad un tempo con quella, e che il turbamento ad esse recato offenda nello stesso tempo il possesso della cosa principale. Ecco perchè sono stati ordinati particolari interdetti pe'dritti più importanti di questa classe, senza che si reputasse necessario di espressamente eccettuarli dall'interdetto *uti possidetis*; ed ecco perchè dovevamo noi dire più sopra, che tali servitù non son proibite da interdetti, se non ne' detti casi specificati.

§. 47. *Del dritto di superficie.*

L'ultimo caso della *juris quasi possessio* concerne la superficie (§. 23), ch'è l'unico *jus in re*, il quale oltre che alle servitù, dia luogo al quasi possesso (3).

---

trine non soffra gl'indugi di una disamina del dritto medesimo o della *justa possessio*.

(1) L. 1, pr. D. *uti poss.* « De cloacis hoc interdictum non dabo ».

(2) L. 86, D. *de verb. sign.* « Quid aliud sunt « jura praediorum, quam *praedia qualiter se ha-* « *bentia*, ut bonitas, salubritas, amplitudo »? Ch'è quanto dire che le servitù così sono semplici qualità degli stabili, come sono la bontà del suolo, la sana postura, eccetera; le quali cose non han nulla di giuridico. — E parlandosi di servitù in generale, vi si comprendono altresì quelle della prima classe: circa le quali si ha qualcosa di somigliante nella L. 12, D. *quem. serv. amitt.*

(3) Potrebbe alcuno esser tentato di ammettere una *juris quasi possessio* pe' seguenti casi, da'quali è stata esclusa da una vera *corporis possessio*: *A*. Per gli stabili provinciali (§. 9), circa i quali Simplicio fa (in Goesio, p. 76) una molto incerta menzione degli interdetti: ma su questo oscuro passo veggasi Trekell, *Dissertazioncelle tedesche*. Lipsia, 1817, p. 39. — *B*. Per il pegno (§. 24). — *C*. Per la enfiteusi (§. 12 *a*, §. 22 *a*, §. 24): per il qual caso par veramente che si fosse introdotto un particolare interdetto, cioè quello *de loco publico fruendo* (Dig. 43, tit. 19; L. 1, §. 7, D. *ut in flum. publ.*; L. 13, §. 7, D. *de injur.*): ma questo interdetto non concerneva il possesso, perciocchè la sola *conductio*, senza il possesso, dava dritto ad invocarlo: quando vi si aggiungeva il possesso, si avevano ancora gl'interdetti possessori.

Fonte particolare pel dritto di superficie: Digesto XLIII, 18.

Ogni edifizio è risguardato siccome parte del suolo su cui posa, e la sua proprietà non meno che il suo possesso sono inseparabilmente congiunti alla proprietà ed al possesso di detto suolo. La sola separazion possibile consiste nel trasferimento di una particolare specie di *jus in re*, che il proprietario può fare ad un altro. Colui al quale siffatto *jus in re* compete, tanto è lontano dall'esser possessore dell'edificio, quanto dall'esserne proprietario: ma egli ha una *juris quasi possessio*, e per virtù di questa talune azioni possessorie. Il quasi possesso di tal diritto somiglia più di ogni altro a quello delle servitù personali, dipendendo al pari di queste dal natural possesso della cosa: ond'è che in nulla si differenziano in quanto all'acquisto ed alla perdita, e se pure qualche differenza è mai stata in quanto agli interdetti, essa almeno non è più praticata.

I. La turbazion violenta del possesso non dà luogo, come nell'usufrutto ec., all'interdetto *uti possidetis*, sì bene ad un particolare interdetto (1), il qual per altro comprende tutti i dritti di quello (2). La differenza dunque sta tutta nel nome; ed ecco come potrà essere spiegata. La superficie essendo una istituzione *pretoria*, doveva acquistar la sua esistenza giuridica mediante uno special passo dell'Editto: dove poi pare che per puro effetto del caso ella sia stata locata piuttosto nella rubrica degli interdetti, che in quella delle azioni reali. Altramente era dell'usufrutto, perciocchè tutte le servitù posavano già sul dritto civile, nè quindi occorreva per esse altro, che la semplice applicazione degli ordinari interdetti possessori.

II. Quando il natural possesso sia cessato per effetto di dejezione, l'interdetto *de vi* non è meno applicabile che per lo possesso propriamente detto (3).

III. Quando il superficiario ha precariamente conceduto l'esercizio del suo dritto ad un altro, e che questi ricusi di restituirglielo, ha luogo l'interdetto *de precario*; perciocchè a tale interdetto si può ricorrere per tutti quanti i dritti suscettivi di restituzione, e la superficie è da porre nel novero de' *jura* (*in re*), non meno che le servitù.

---

(1) L. 1, pr. D. *de superf.* — L. 3. §. 17, D. *uti poss.*

(2) L. 1, §. 2, D. *de superf.*

(3) L. 1, §. 5, D. *de vi*: « Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis dejectus est, « apparet interdicto esse locum ».

SEZIONE SESTA

Delle modificazioni recate al dritto romano

§. 48.

Abbiamo nelle cinque precedenti sezioni di quest'opera esposto la teoria del possesso, astraendo tutto quanto avessero i moderni tempi potuto aggiungere al dritto romano: il qual modo ci sembrò necessario di tener nelle nostre ricerche, a cessar che la confusione del dritto romano antico con quello de' nostri di non rendesse poco riconoscibile l'uno e l'altro. Così fatta sposizione è ormai terminata, ed è naturale che si desideri sapere quali sieno le modificazioni ad essa recate nei tempi moderni. Havvi ancora una particolar ragione, la qual non ci permette di omettere tale trattazione: questa è, che tra tutti i più importanti errori presi circa le idee de' romani in sul possesso, non se ne trova per avventura un solo, il quale non provenga dalla ragion canonica o dalla tedesca. Confutando adunque le false opinioni col solo dritto romano, poco o niente avrem noi servito alla pratica; perocchè si potrebbe, approvando in tutto i nostri ragionamenti, creder nondimeno che noi non abbiamo fatto altro che dimostrare i difetti delle pruove date di certi principi di dritto, ma che questi principi medesimi possano tuttavia ritenersi per giusti ed incontrastabili. Acciò la teoria del possesso possa pretendere di essere applicata, egli è da esaminare ed esporre in che guisa le posteriori leggi la trasformino: la qual cosa noi faremo ne' seguenti paragrafi sommariamente, perchè se dar volessimo più che un sommario, e' ci bisognerebbe muover da considerazioni storiche al tutto indifferenti, ed uscir de' termini del presente trattato.

Tre sono i punti, a' quali indirizzar dobbiamo le nostre ricerche: il primo è la nozion del possesso (§. 49); il secondo ed il terzo sono le azioni possessorie, cioè il *remedium spolii* (§. 50), ed il *possessorium summarium* ovvero *summariissimum* (§. 51).

§. 49. *Della nozion del possesso.*

Primieramente dunque è qui da vedere della nozion del possesso. Il dritto romano non ammetteva possesso, altrochè per la proprietà e pe' dritti reali *(jura in re)*: ma in processo di tempo e' si venne allargando a *qualunque dritto possibile*, per l'autorità massimamente del giure canonico.

Tuttaquanta la teoria del possesso posava su questo principio, che contro le violazioni commesse in una data forma fosse da proteggere l'esercizio soltanto di un dritto, senza punto impacciarsi della esistenza del dritto medesimo: onde si ha che tal protezione non potea servire ad altri diritti, che a quelli capaci di esser violati in detta maniera; della qual sorte noi non ne conosciamo altri che la *proprietà* e le *ragioni reali jura in re*. Ma la costituzione della Chiesa e quella degli stati di Europa hanno ingenerati ed annessi al possesso e godimento del *suolo* taluni dritti, i quali da' romani non eran punto conosciuti, o almeno non eran punto considerati come cose da privati. Così, l'esercizio della potestà vescovile dipende dal possesso della chiesa episcopale e de' suoi beni: così pure, una simigliante dipendenza dal poteri supremi dello stato, o di questo o quel ramo di essi, può scorgersi nella sovranità de' principi o nella giurisdizione de' proprietari di terre: e finalmente, il medesimo è de' pesi reali provegnenti dal giure alemanno, come le rendite fondiarie, le decime, eccetera. Per tutti i quali dritti ben si può concepire una protezione concessa al semplice esercizio, simigliante a quella ordinata per lo esercizio della proprietà; ed il possesso, che a tal modo si stabilirebbe pe' dritti, potrebbe sempre agevolmente ridursi a quello del suolo, cioè a dire all'esercizio della proprietà del suolo. La giustezza della nostra osservazione in molti casi è lampante: verbigrazia,

allorchè un vescovo sia violentemente espulso della sua diocesi, il turbamento del possesso del suolo è inseparabilmente legato col turbamento de' dritti episcopali, e lo stesso legame di necessità congiunge la protezione dell' uno e degli altri. Ma quegli stessi casi, ne' quali la violenza impedisse soltanto l'esercizio di un solo de' detti diritti, esempligrazia quello della giurisdizione, sebbene non ammettano veramente quel proprio rapporto col suolo, di cui noi ragioniamo, ammettono pure alcun che di pienamente somigliante, appunto come nella *juris quasi possessio* de' romani. Una violenta turbazione di cotali dritti è dunque tanto ben concepibile, quando essa era nelle servitù, e l'applicare all' esercizio di quelli la protezione dal romano dritto concessa al semplice esercizio di queste, non altro è che una legittima illazione.

Ma il divisato rapporto, non tanto cb' ei sia concepibile, è già da gran tempo passato ancora in effetto. Spessissimo in giure canonico si ragiona del possesso de' dritti diocesani e di altre ragioni ecclesiastiche, come pur delle decime annessivi: nè alcuno ha mai dubbitato che la giurisdizione ed altri cotali diritti non dovessero esser protetti al modo medesimo, ch' è la proprietà, contro ogni violento impedimento del loro esercizio, contuttochè di nessuno de' detti diritti potesse mai in romana mente cadere ch' ei fosse un dritto del possesso. Il nostro concetto vien confermato da una notabile restrizione, con cui la ragion canonica modifica questa novella sorta di possesso. Allorchè dei chierici posseduno decime in altra parocchia che la loro propria, ed il parroco ne gli spossessa, essi non debbono dalle leggi canoniche aspettar protezione alcuna al loro possesso, ma bisogna che provino il dritto medesimo, perciocchè il *jus commune*, cioè a dire la regola della *costituzion della Chiesa* è ad essi contraria (1).

In qual rapporti, adunque, cotesta specie di possesso è col dritto romano? Essa non si fonda in sull' applicazione immediata di questo, perciocchè gli obbietti di siffatto possesso sono estranei al romano diritto: ma pure è il risultamento di un' applicazione molto logica de' principi di esso dritto. La nozion del possesso non ha dunque niente variato: essa è stata soltanto allargata a tali dritti, a' quali i romani medesimi l'avrebbero applicata, s' eglino li avessero conosciuti (1).

Ma oltre a questi dritti, ne' quali non si può negare uno allargamento del romano diritto in tutto conforme al suo spirito, si citano principalmente altre due classi di dritti siccome investite del quasi possesso; ciò sono i dritti concernenti lo stato delle persone, e le obbligazioni. La disamina di questa sentenza confuterà sufficientemente le troppo generiche o vaghe idee sul possesso, che si vorrebbero sostituire a quelle tanto precise del dritto romano.

E' si pretende adunque, in primo luogo, l' esistenza del possesso in fatto di *dritti di famiglia*; e pel più rilevante caso di questa sorta di dritti, ch' è il matrimonio, se ne allega il testimonio di espressi testi del giure canonico (2). Il parallelo di questo caso con un caso del possesso propriamente detto, faciliterà la intelligenza di questo punto. Se si litigasse della *proprietà* di uno stabile, il magistrato potrebbe benissimo sentenziarne, quand' anco il giure positivo nulla definisse in quanto al dritto risultante unicamente dal possesso. In tal caso sarebbe ancora possibile, forse pur necessario, che il giudice regolasse innanzi tratto la propria condizione di ciascuna delle parti in quanto al possesso: ma siffatta disposizion provvisionale differirebbe sempre di molto da una protezione data al possesso come ad un dritto a parte. Poniamo, per far più sensibile cotesta differenza, che nessuna delle due parti non abbia realmente la proprietà, ma che il possesso già da un pezzo sia stato tolto con la violenza da una delle parti all'altra: in tal caso, la detta disposizion provvisionale non avrebbe che fare, perchè il possesso è già deciso e tranquillo; ma l'*obligatio*, cb' è il solo dritto risultante unicamente dal possesso, autorizzerebbe lo spossessato a dimandar la restituzione di quel possesso che l'avversario violentemente gli tolse. — Ritorniamo ora a' dritti di famiglia, de' quali il giudice abbia a proteggere il possesso. La protezione concessa all' esercizio loro non è che una disposizion provvisionale, dipendente in tutto dalla definitiva decisione che si

(1) C. 2, *de restit. spoliat.* in VJ: « ... eum ... « sit ... manifestum (nisi aliud ostendatur) eas « de *jure communi* ad eamdem ecclesiam perti- « nere ».

(1) È cosa molto notabile che i glosatori abbian già sentito il medesimo. Roffredo, *Tract. jud. ord.* p. 81-83, 89, 90.

(2) C. 8, 10, 13, X, *de restit. spoliat.*

darà circa il dritto medesimo. Quando, per esempio, non è impugnata la forma del matrimonio, ma si allegano altri motivi contro la sua validità, bisogna conoscere della esistenza e del valore di tali motivi; ma tanto che la decisione non sia profferita, il dritto canonico vuole che il matrimonio continui, sì veramente che la continuazione non sia per particolari ragioni peccaminosa (1). Così fatta disposizione non assicura dunque un diritto risultante unicamente dal possesso, cioè a dire un *jus obligationis*, il qual garentisca l'esercizio di un altro diritto, senza punto guardare se quest' ultimo realmente esista.

Quanto è detto avverso il possesso de' dritti di famiglia, con molto maggior forza si applica al possesso delle obbligazioni. Nel più de' casi non si può proprio immaginare alcun modo di possederle; e la sola volta, che di tal possesso si parli, dovett' essere per puro accidente. Ciò era quando alcuno riscotesse gl' interessi di un capitale; il qual fatto gli dava il *possesso* del dritto al capitale ed agli interessi avvenire. Non porta il pregio di provare che in questo caso non meno, che pei dritti di famiglia, non si possa ammettere un vero dritto risultante unicamente dal possesso: ma ben vogliamo aggiungere, non esser qui neppur necessario, nè vedersi prescritto, di prendere uno spediente provvisionale per lo esercizio del dritto al credito ed a' suoi frutti; non ostante che parecchi sieno stati di avviso contrario, fondandosi sopra testi del dritto romano, i quali non ne contengono verbo.

Crediamo aver provato che la nozion del possesso avuta da' romani è stata, anzichè mutata, sviluppata per via di conseguenze. Resta, che vediamo come sia stato modificato il dritto delle azioni resultanti unicamente dal possesso, cioè quali forme abbia prese la protezione al possesso accordata.

§. 50. *Dell' azione* spolii.

Autori circa il *remedium spolii*:

C. Ziegler, *Ad can. redintegranda.* Questo opuscolo fu l' ultima volta ristampato con note in: Woltaer, *Obs. ad jus civ. et Brand.* Halla 1779, fasc. 2.

J. H. Boehmer, *Jus eccles. protest.* lib. 2, tit. 13.

Il medesimo, *Notae in c. 3, C. 3, q. 1, etc.*, nella sua edizione del *Corp. jur. can.* Hal. 1744.

Fleck, *De interdictis unde vi et remedio spolii*, p. 83-136.

Tra le apocrife decretali, con le quali il falso Isidoro scalzava l' autorità degli arcivescovi e de' sinodi provinciali (1), trovasi una intera serie del tenore che segue: « Quando un vescovo sia stato espulso dalla sua sede o spogliato de' suoi beni personali, non potrà esser tratto innanzi al sinodo per conto di alcun suo misfatto, prima ch' e' non sia stato rimesso in possesso de' beni perduti ». Or chi avrebbe detto a quei falsator di lettere papali, che un testo di quelle sarebbe un di servito di sostegno a un tutto nuovo sistema delle azioni possessorie e dello stesso possesso? Ecco quel passo, al quale il caso ha fatto cotanto onore (2):

« Redintegranda sunt omnia expoliatis
« vel ejectis episcopis praesentialiter ordi-
« natione pontificum, et in eo loco, unde
« abscesserant, funditus revocanda quacun-
« que conditione temporis aut captivitate,
« aut dolo, aut violentia malorum (3), aut
« per quascunque injustas causas, res ec-
« clesiae, vel proprias, id est substan-
« tias (4) suas perdidisse noscuntur (5) *ante*

---

(1) C. 10, 13, X, *de rest. spol.*

(1) Spittler, *Storia del dritto canonico*, Halla, 1778, p. 261.

(2) C. 3-6, C. 2, q. 2. — C. 1-4, C. 3, q. 1.

(3) C. 3, C. 3, q. 1. — Questo passo trovasi in diversi documenti della collezione del falso Isidoro; 1.° in una decretale di Giovanni; 2.° in una decretale di Eusebio; 3.° nel quinto sinodo di Simmaco (anno 504). Il Ballerino pruova distesamente, questo sinodo esser tanto falso quanto le due decretali predette: onde si vede con quanto fondamento abbiano alcuni testè sostenuto l' autenticità di questo testo., sol perchè si trovi negli atti del detto sinodo. Del rimanente, il testo concorda poco men che parola per parola con un altro che si legge in un processo pendente in Aquisgrana nel 838, e che sembra esser nato da una interpetrazione del Breviario (Mariciano). Conf. *Storia del drit. rom. nel medio Evo*, t. 2, §. 41. (Agg. alla 5.ª Ediz., dietro comunicazione del Biener). — Non intendiamo per ciò, che quelle massime sieno state una invenzione di pianta: bisogna anzi dire ch' esse ebbero per base il giure canonico primitivo, e che solamente il loro tenore e sviluppamento non meritano fede. Car. Blasco, *De collect. Isid.* c. 8, §. 5, presso Galland, t. 2, p. 59. (Agg. alla 6.ª ediz., per comunicaz. di Biener).

(4) Così leggono i quattro Mss. adoprati dal Bohmer. Il Ms. di Mamburgo « *i. suas substantias* ». Al. « *aut substantias* ».

(5) Queste parole sino alla fine mancano ne' Mss.

« *accusationem*, *aut regularem ad synodum* « *vocationem eorum* ».

Se vero fosse ciò, che tutti i pratici assicurano, che questo testo abbia mandato giù tutto quanto il roman dritto ha ordinato circa il possesso, e' non dovrebbe contener meno delle seguenti disposizioni:

1.ª Il dritto alle azioni sussiste indipendentemente dal possesso *giuridico* dell'attore.

2.ª Esso dritto ha luogo egualmente in quanto a cose mobili: del qual punto noi abbiamo già ragionato abbastanza nella sposizione del dritto romano (§. 40).

3.ª Parimente compete per le cose incorporali, ch'è quanto dire come protezione concessa allo esercizio di qualsisia diritto (v. il §. 49).

4.ª Non è necessario che il turbamento del possesso sia stato con *violenza;* ma si ha il detto diritto per effetto di qualsisia perdita del possesso, senz'altro motivo legale.

5.ª Si può anche esercitare contro qualunque terzo possessore.

6.ª Non è ristretto ad un anno: del qual punto abbiam detto nel §. 40.

La prima, la quarta e la quinta proposizione meritano tutta la nostra attenzione: perciocchè se il testo veramente le contenesse, niente importerebbe che non vi si tratti di altro che de' vescovi, potendosi dire che i vescovi sieno proposti ad esempio, o pure per analogia applicare a noi ciò che l'autor del testo, e dietro lui Graziano, avessero detto de' soli vescovi.

I buoni giuristi non si son lasciati ingannare, o al più sono incappati in lievissimi errori: essi unanimamente avvisano, quel testo non aver punto introdotto un novello dritto alle azioni possessorie, e che l'autore ha voluto parlar del dritto romano, cioè dello interdetto *de vi*; sebbene parecchi di loro sembrino assai propensi ad ammettere che detto passo del decreto abbia ancor fatte delle piccole modificazioni a questo interdetto.

Ma si ha modo di ributtare assai più concludentemente le proposizioni in discorso. Conciosiachè, il testo non dice in luogo alcuno ch'e' si debba al vescovo spossessato conceder la *restituzione*, ma soltanto ch'e' non è lecito porgli accusa, prima che la restituzione gli sia stata concessa: non dice che « *REDINTEGRANDA SUNT omnia episcopis* », ma che « *redintegranda sunt omnia episcopis ANTE* « *ACCUSATIONEM AUT REGULAREM AD SYNODUM VOCATIONEM EORUM* ». Se questo luogo avesse sortita la forma di un altro, dal quale il solo caso lo ha fatto differente, e che dice così (1): « *Nullus episcopus expolia-* « *tus debet accusari priusquam integerrime re-* « *stauretur* »; a nessun certamente sarebbe caduto in pensiero di cercarvi un particolar diritto alle azioni possessorie. Non si tratta dunque in tutto questo testo di un *dritto alle azioni*, ma sì di una eccezione da opporre all'accusa innanzi al sinodo: onde noi caviamo due conseguenze. La prima, ch'egli è impossibile l'allargar cotesta disposizione, fatta in favor de' vescovi, a tutti gli altri uomini; perciocchè ben si può dare che tutti abbian dritto alla medesima azione per ricuperare il possesso lor tolto, ma la detta eccezione non ha senso alcuno, fuorchè nel particolare rapporto del vescovo col sinodo. La seconda conseguenza è, che ad ogni modo almen questo è evidente, che il testo *non introduce* punto un nuovo dritto alle azioni possessorie, ma al più al più lo *presuppone* esistente.

Pretendevasi adunque che il dritto delle azioni possessorie avesse soprattutto ricevute tre disposizioni novelle; cioè che dette azioni potessero competere *senza possesso giuridico*, *senza turbamento per forza*, *e contro qualunque terzo possessore*. La prima di queste tre novità non ha appoggio alcuno nel testo medesimo: il qual per altro pare che veramente contenga qualche fondamento dell'altre due. Perciocchè, quant'è alla seconda, le parole « *aut capticitate*, *aut dolo*, *aut violen-* « *tia malorum*, *aut per quascunque injustas* « *causas* » mostrano molta sollecitudine di non restringere il precetto a' soli casi di violento spossessamento del vescovo; e quant'è alla terza, la indeterminata espressione « *re-* « *dintegranda sunt* » non fa distinzione alcuna tra le diverse persone che trovar si potessero nel possesso: onde par verisimile che l'autor di questo testo, e Graziano con esso, abbian creduto che lo spossessato avrebbe dritto ad un'azione, quando bene le det-

---

e nelle antiche edizioni di Graziano; ed i *Correttori* romani notano a questo punto: « *Haec addita sunt ex originali etc.* » ch'è quanto dire dalle fonti di Graziano. Ma che costui non intendesse con ciò di mutare il senso del passo, si mostra per la sua *additio* in fine della intera *questione*, ov'egli si riassume così: « *Patet ergo quod expo-* « *liati prius sunt praesentialiter restituendi*, *an-* « *tequam ad causam sint vocandi* ». (Agg. alla 6.ª ediz.).

(1) C. 3, C. 2, q. 2.

le due condizioni (la violenza e 'l ricorso contro il violatore) mancassero. Ma a quale azione avrebb'egli dritto? Forse ad un'azione risultante unicamente dal possesso? Il testo non presenta indizio alcuno di così fatta disposizione. Quel vescovo il quale per effetto di una *injusta causa* non sia più in possesso della sua diocesi, dee nondimeno, secondo il nostro testo, esser tenuto per *vescovo;* i beni, ch'egli abbia per una *injusta causa* perduti, debbono con tutto ciò considerarsi come *suoi*: onde segue che il suo dritto ad un'azion *petitoria* non può in questi casi esser soggetto a dubbio alcuno, sebbene per avventura non v'abbia luogo azione alcuna *possessoria*.

Riassumiamo in breve tutta questa interpetrazione. Il testo non constituisce punto un dritto ad un'azione, ma solamente il presuppone. Questo dritto ad un'azione sarà nel più de' casi (1) un interdetto romano; ne' rimanenti (2), la vendicazione. Esso può dunque conpiutamente spiegarsi col dritto romano, nè la stessa sua presupposizione fa necessario l'ammettere la introduzione di un nuovo dritto all'azion possessoria.

Ma s'egli è vero che la lettera di questo passo non contiene un novello dritto del possesso, e che nè l'autore nè Graziano non han punto pensato ad introdurre così fatta novità; or come ha preso piede cotesta interpetrazione, la qual non è già, come di leggieri si crederebbe, il trovato di un sol giureconsulto, ma la general sentenza de' pratici? Noi non possiam rispondere altrimenti, che con una ipotesi; ma questa è tale, che si può quasi avere per cosa certa. Coloro i quali nella cognizion del romano dritto possessorio non eran certamente andati al fondo, invano cercavano in molti casi di perduto possesso quel dritto ad un'azione, il quale a chi ne avesse saputo dippiù si sarebbe facilmente appresentato. Nei qual frangente non era veramente cosa più commoda dello inventare un novello procedimento giudiziale, la cui generalità ed indeterminazione servisse benissimo a dispensar dello studio penoso d'uno de' più intricati rami del dritto romano. Or chi si maraviglierà che i pratici abbiano accolto con gioia così fatto trovato,

(1) « *Expoliatis* vel *ejectis* episcopis *captivitate* aut *violentia* ». Vuolsi ben notare che nella fine di tutta la *Quaestio*, è nel general risultamento ivi reassunto, Graziano non può avere in mente altra specie di casi, che questa.

(2) « Aut. *per quascunque injustas causas* ».

e ch'essi, non che guardarsi dal metterlo in dubbio, si sieno anzi studiati di sempre meglio assodarlo? Ma la novità aveva bisogno di un'autorità, e veramente a sì bel sistema non si poteva elegger fondamento più confacente di un luogo del falso Isidoro: tal testo e tale interpetrazione non si fan torto tra loro.

Oltre a queste importanti innovazioni, che al giure canonico son falsamente attribuite, e' ve n'ha due manco importanti, le quali esso realmente introdusse, entrambe relative al dritto del possesso violentemente rapito (1).

La prima innovazione concerne il dritto all'azione stessa. Il dritto romano non dava l'azione contro il terzo, quando anche questi avesse ricevuto la cosa dall'autore della violenza, e ch'e' sapesse benissimo il reo cominciamento del possesso del suo precessore (2). Ma Innocenzo terzo, accorgendosi che l'anima di esso terzo era a così grave pericolo come quella del violentatore medesimo, ammise l'azione anche contro di quello (3). È dunque chiaro esser questo stato un allargamento, sebben piccolo, dell'inderdetto *de vi*.

La seconda innovazione si riferisce alla *exceptio spolii*. Questa eccezione, la qual da principio risguardava alle sole accuse contro i vescovi, par che dalla consuetudine fosse ammessa in ogni caso, prima che tal valore non le fosse dato per legge (4). Essa compete a chiunque sia stato spogliato de' suoi beni con l'uso della violenza, ed ha per ef-

(1) Una terza disposizione, che si pretende ritrovare nel C. 9, X, *de probat.*, si potrà solo intendere nel §. seguente.

(2) L. 3, §. 10, D. *uti poss.* Boehmer, in una nota sul C. 18, X, *de rest. spol.*, mostra sentir più addentro nel giure canonico che nel civile, avvisando che le decretali non introducano niente di nuovo.

(3) C. 18, X, *de rest. spol.* — Ziegler, *loc. cit.* p. 246, giudiziosamente avverte ch'essendo questo testo destinato a introdurre una nuova disposizione, è impossibile che il c. 3, C. 3, q. 1, abbia già concesso l'azione contro a qualunque terza persona. La confutazione tentata da Woltaer, p. 250, è troppo più dotta che convincente, ed anzi che il canone stesso, ella concerne una usuale interpetrazione di quello data, la quale, secondo questo autore, sarebbe stata già da gran tempo accettata. — Woltaer pretende altresì, p. 252, che il C. 18, X, *de rest. spol.* sia pur diretto contro qualunque terzo possessore, avendosi a risguardar come *scienter detinentem* anche colui che non avesse saputo dello *spolium*, se non dal processo medesimo. Ma non è egli detto espressamente « *si* « *quis scienter rem talem* RECEPERIT ? »

(4) C. 1, *de rest. spol.* in 6.

fetto di respinger lo spogliatore da tutte quelle civili azioni ch'e' potrebbe intentare, fintantochè la restituzione non sia stata fatta: salvo però quando nell'azione si tratti di dritto o di cosa di una chiesa e nella eccezione di dritto o cosa di privata persona, o pur viceversa; ne' quali due casi la detta eccezione è inammessibile. Può poi questa nelle cause criminali opporsi anche quando non lo spogliatore medesimo, ma un terzo si costituisca accusatore: solamente, in tal caso, lo *spolium* dee montare oltre alla metà di tutto l'avere, e l'accusatore ha dritto di domandar che all'accusato sia prescritto un termine, entro cui siagli lecito ricorrere all'interdetto, e spirato il quale, la eccezione non abbia più effetto (1). La pruova della spoliazione, su cui si fonda la eccezione, dev' esser fornita, tanto in materia civile, quanto in criminale, entro quindici giorni.

Prima di tutto, adunque, la *exceptio spolii* è cosa puramente di procedura: ma quali sono i suoi rapporti con l'interdetto *de vi*, quando questo sia intentato dallo spogliatore? Vuolsi distinguere il caso, in cui l'azione e la eccezione concernano differenti obbietti, da quello in cui l'obbietto sia il medesimo. Nel primo, l'interdetto sarà provvisionalmente escluso così come ogni altra azione, mediante la nostra eccezion dilatoria: ma il convenuto ha dritto di ricorrere, in vece che alla eccezione *spolii*, al suo proprio interdetto, e di proporlo in via di riconvenzione; ed allora le due cause sono instrutte e giudicate di conserva (2). Nel secondo caso, cioè quando l'attore raddomandante il perduto possesso abbia innanzi espulso il convenuto dal possesso medesimo, la nostra eccezione non è concepibile come dilatoria, ch'è pure la qualità ch'essa dee mai sempre avere per dritto canonico: e poichè il dritto romano non la ammette come eccezion perentoria, così anche sotto tal forma deve osservarsi al presente.

AGGIUNTA ALLA 6.ª EDIZIONE.

Si è veduto fin qui quanto poco fondamento storico abbia l'azione di spoglio nelle fonti del giure scritto. Non si può nondimeno negare ch'ella è da secoli invalsa nella pratica: ond'è da scientificamente determinare l'indole ed i confini di cotesto suo pratico valore, acciò questo punto non rimanga tutto in balìa dell'arbitrio.

Egli è stato già mostrato come il medio evo abbia ingenerate molte giuridiche instituzioni, rispetto alle quali lo stesso dritto romano, s'e' le avesse conosciute, avrebbe introdotta un'azion possessoria (§. 49). Di questo numero, oltre a molti diritti di giure pubblico ed ecclesiastico, sono principalmente i pesi reali (*reallasten*) del dritto germanico. Per questi adunque l'applicazione di quel rimedio inveniato dalla pratica non incontra alcuna difficoltà: essa è anzi la propria forma, sotto cui quella importante ampliazione dell'intero dritto del possesso trovasi introdotta nella vita civile.

Oltracciò, reputiamo l'azion di spoglio applicabile altresì a certe instituzioni riconosciute dal romano diritto, alle quali esso però ha tralasciato di applicar la protezione possessoria per ciò solamente, ch'elleno raramente occorrevano: intendiamo dire di quelle servitù di fondi, alle quali nè l'interdetto *uti possidetis* si adatta, nè fu provveduto con particolari interdetti. Il che ammettendosi, si avrà nell'azion dello spoglio un supplemento al romano dritto in tutto conforme al vero suo spirito, e sarà nello stesso tempo praticamente composta la quistione del se gl'interdetti romani sieno o pur no applicabili alle dette servitù (§. 46) (1).

Non crediamo però che più, che tanto, si possa l'applicazione del detto rimedio allargare. Segnatamente non è esso applicabile a quelle giuridiche instituzioni che di lor natura non hanno il bisogno nè la capacità della protezion possessoria: ciò sono i dritti di famiglia, e le obbligazioni (§. 46). Nè meglio fondata ci sembra l'applicazione dell'azion di spoglio a' casi de' romani interdetti. Qui certamente nessun bisogno è di quella; e se ciò non ostante si tenta di ap-

(1) È chiaro da sè, che di questa eccezione non si può fare uso in materia criminale, se non nei paesi fedeli al processo accusatorio in tutta la sua purità, ch'è quanto dire ch'essa è poco men che del tutto caduta in disuso.

(2) C. 2, 4, X, *de ord. cognit.*

(1) Si potrebbe obbiettare, che il dritto romano ammette per altre servitù di fondi soltanto l'interdetto *uti possidetis* o sue veci (§. 46), mentre l'azione di spoglio è *recuperandae possessionis*, che vuol dire un'ampliazione dell'interdetto *de vi*. Ma in quelle servitù il turbamento del possesso non si può così appunto distinguer dallo spoglio, come in fatto di proprietà e di servitù personali, e quindi ancora per gl'interdetti non è necessaria nè possibile una separazione precisa.

plicarvela mescolata con gl'interdetti, ne nascerà senza dubbio uno scompiglio inestimabile. Lasciamo stare il torto che ne patirebbe la logica, perchè questo rispetto veramente dee cedere alle necessità reali del viver civile: ma lo stesso pratico interesse che può egli guadagnare, quando de'principi sicuri sieno resi ineffettuabili, e che a questi sottentri l'arbitrio di decider secondo or questo, or quel sistema di dritto? Così fatto stato del dritto pratico può solamente essere in accordo della ignoranza o della pigrizia di molti giudici, e dell'avidità di quegli avvocati i quali voglion più bene alla lite che al litigante. — Ancora, seguitando l'azion dello spoglio in tutte le dette ampliazioni, si arriverà tosto a de'casi, innanzi a'quali gli stessi propugnatori di quelle indietreggeranno. Bisogna adunque ch'eglino tacitamente si riservino di potere all'uopo tralasciar l'applicazione delle loro ampilazioni: il che appunto mostra come di tutta questa lor dottrina non può risultare altro che una cieca licenza. Infatti, supponete un momento che le loro idee sieno fondate; ed il conduttore particolarmente ed il commodatario, a'quali son negati gl'interdetti, non potranno aiutarsi nè pure con l'azione di spoglio.

Ma dentro que' termini, ne'quali l'azion di spoglio è applicabile, sorge ora la quistione del come si debba essa applicare. Il dritto scritto non ce ne dà veruna indicazione diretta, e vanamente se ne cercherebbero nella pratica regole precise ed uniformi; sebbene gli scrittori non mancheranno certamente di appoggiare a questa le loro opinioni, tuttochè contrarie. Per me credo che la sola analogia del dritto romano possa anche in questa parte fornire un sicuro appoggio; tanto che quella nuova giuridica instituzione sia da trattare anco nelle sue singole applicazioni come uno sviluppamento del dritto romano, avendo (già s'intende) sempre rispetto alla propria natura ed occorrenza di ciascuna instituzione.

Più di una volta s'è sparlato della propensione della così detta *Scuola storica* a restinger tutto il dritto in forme puramente romane, e con ciò sfigurare i prodotti originali della pratica e contraffare a' bisogni di un nuovo spirito scientifico: la qual falsa taccia sarà senza fallo ripetuta a cagion della nostra opinione in quanto all'azione di spoglio. Per questo io son lieto di poter citare come sostenitore delle stesse idee il Muhlenbruch, il qual da molti (sebbene io non vegga il perchè) vien noverato tra gli osteggiatori dell'anzidetta Scuola. Egli parimente considera l'interdetto *de vi* nella sua pura forma romana, come l'unica azione del dritto novissimo per la restituzion del possesso, e parimenti non vede nell'azione *spolii* altro che un allargamento di quello interdetto contro il terzo possessore di mala fede (1).

Nella seconda metà del decimottavo secolo fu pubblicato in Roma coll'*Imprimatur* di tutte le Autorità un minuto trattato dell'azione di spoglio (2). Da un moderno Romano chi non si aspetterebbe uno scrupoloso rispetto al giure canonico ed alla pratica da esso ingenerata? Eppur l'autore tratta il canone *Redintegranda* col maggiore disprezzo (cap. 3). Per lui l'azion dello spoglio non altro è che l'interdetto romano *de vi*, e dapertutto la sviluppa con le Pandette alla mano, limitandosi a compierla soltanto in pochi punti con passi del dritto canonico. Egli afferma con sicurezza che l'inquilino ed il colono non hanno l'azion dello spoglio, e lo dimostra con le L. 1, §. 10, 22, e L. 20, *de vi* (cap. 3, §. 4, 5). Era forse quello scrittore un profetico seguace della Scuola storica tedesca?

§. 51. *Del* possessorium summariissimum.

Nel tredicesimo secolo si formò in Italia, in Ispagna, in Francia ed in Germania una tutt'altra procedura possessoria, la qual si dimandava il *possessorium summarium* ovvero *summariissimum* (3), per distinguerla dalle azioni possessorie introdotte già dal dritto romano. La Glosa non fa peranco menzione alcuna di questa via giudiziale, ma noi la ravvisiamo già presso Durante e Giovanni d'Andrea, sebben essi non le abbiano ancora posto alcun nome. Ecco come vuolsi spiegare la origine di questa instituzione, secondo quel che se ne può ritrarre dagli antichi autori (4). La procedura era diventata tanto più lunga ed intralciata, quanto appunto essa

(1) Muhlenbruch, *Doctrina Pandect.* §. 244.

(2) Franc. Mazzei, *De legitimo actionis spolii usu commentarius.* Romae, 1775.

(3) Gli antichi autori gli danno diversi nomi: in Italia era detto *Mandatum de manutenendo;* in Spagna, *Inicio de interim;* in Francia, *Recredentia* (probabilmente *récréance*); ec.

(4) È facile immaginare come non s'è perdonato a fatica per derivar questa instituzione dal dritto romano. Budeo, e dietro lui altri molti, pretendono che la sua forma convenga in tutto con quella delle *manus consertae;* ma queste servivano soltanto ad aprir la vendicazione, non mai ad

avrebbe dovuto farsi più breve, per metter fine alla generale usanza di farsi giustizia con le proprie mani. Una contestazione in sul solo possesso, alla cui decisione in Roma stessa sarebbero bastati pochi dì, poteva durare più anni; ed i litiganti non mancavano allora di prender con la forza quello, ch'eglino naturalmente speravano dover poi ricevere dalla sentenza del giudice. Così fatto uso della forza privata potea veramente temersi ancora in occasione di una vendicazione o di un'azione risultante da contratto; ma in tutti cotali casi non bisognava ad evitare il male una particolare instituzione giuridica, stante che il possesso era allora già deciso infra le parti, e che la incertezza circa il possesso dava soprattutto occasione all'uso della violenza, potendosi questa esercitar malsempre sotto nome di difesa. Il medesimo, che della vendicazione, era dello interdetto *de vi*: perciocchè la question del possesso era decisa conformemente alla asserzione dell'attore medesimo, il quale non altro pretendeva che per virtù di una *obligatio* aver dritto alla restituzion del possesso. Ma quanto all'interdetto *uti possidetis*, la cosa andava altrimenti: perciocchè trattandosi in esso quasi sempre di contestazioni circa il possesso attuale, l'obbietto del litigio costituiva appunto ciò che dava occasione all'uso della violenza, e quindi era di bisogno una particolare instituzione giuridica, la quale impedisse i litiganti di farsi giustizia da sè, durante il lungo tratto di tempo che poteva pigliare il processo. A tale effetto fu ordinato il *Summariissimum*, la cui proprietà si può oramai facilmente determinare. Esso è solamente relativo a un interdetto *uti possidetis*, circa il quale il magistrato non abbia ancora deciso; ed è soltanto necessario allorchè il pericolo della violenza sia tanto imminente da non mostrare altro scampo che un ordine provvisionale del giudice per prevenirlo; nel qual caso il detto spediente è considerato come interdetto *uti possidetis* provvisionale, ch'è quanto dire che si esamina e si decide proprio la stessa quistione di dritto che nell'interdetto *uti possidetis*, nè altra differenza è tra'due, se non che nel Sommarissimo la necessità di una pronta decisione vince ogni altro rispetto, fin quello della piena certezza de' fatti. — La prima condizione dell'interdetto *uti possidetis* era che l'attore avesse il possesso giuridico; nè si vede con qual fondamento molti giureconsulti pretendono che il *Summariissimum* richiegga la semplice detenzione, non punto il possesso propriamente detto. Vero è che qui tornerà più facile al semplice detentore d'ingannare il giudice e farsi creder possessore; ma l'obbietto della instruzione ed il motivo della decisione essendo pur sempre il possesso giuridico, non si saprebbe immaginare ragione alcuna per sottoporre il *Summariissimum* ad altro principio che quello regolante lo stesso interdetto *uti possidetis*: perciocchè il particolare scopo del *Summariissimum* (ch'è di prevenire i delitti) sarà raggiunto con l'assicurare in qualunque modo la continuazion del possesso, ed a tale effetto non ci par concepibile alcun altro motivo di decisione che appunto il medesimo dell'interdetto *uti possidetis*. — Ma non ogni possesso era sufficiente per lo interdetto *uti possidetis*, essendone qualunque *injusta possessio* esclusa dalle tre note eccezioni. Le quali dunque debbono ancora nel *Summariissimum* avere il loro effetto giudiziale: se non che, le parti non se ne potranno facilmente valere, per essere nel più de' casi impossibile il fornir la pruova delle dette eccezioni con la prontezza richiesta dalla nuova procedura possessoria.

La sposizione da noi data fa vedere che lo scopo della instituzione del *Summariissimum* era di prevenir de' delitti, e che questo può riguardarsi come un provvedimento di pubblica sicurezza introdotto in forma di mezzo giudiziale. Si fatto concetto è confermato dal modo, sotto del quale la legislazione l'ha introdotto in Germania; perciocchè sebbene la legge ordinante il *Summariissimum* non fosse promulgata come obbligatoria per tutta la Germania, egli è nondimeno fuori di dubbio che la sua disposizione essenzialmente contiene la più sicura norma del giudicare, sempre ch'essa non contrasti alle leggi de' singoli paesi, ma soltanto ad una giurisprudenza non peranco general-

introdurre una contestazione circa il solo possesso (§. 34). Per non dilungarsi dal vero, avrebb' egli dovuto dire che le *manus consertae* avevano con la vendicazione i rapporti medesimi che il *summariissimum* con l'*ordinarium*, cioè a dire con l'interdetto *uti possidetis*. — Altri ritrovano il *summariissimum* nella L. 1, §. 3, D. *uti poss*, (Heter. in Meerman, VII, p. 507), o pur nella L. 13, §. 3, D. *de usufr.* (I. Grav. *De jud. poss. summ.* Tub. 1672, §. 6-8), o anche in Cicerone, *Pro Caecina*, c. 12: « Nondum de Caecinae causa (sc. *principali*) disputo, nondum de jure possessionis (sc. *ordinario*) nostrae loquor ». (Peller, *De summariiss. possessione*, Altorph. 1665, §. 13).

mente accellata. La detta legge ordina (1) che quando de' sudditi immediati dell' Impero contendano del possesso, ed essendo dubbio a chi questo si debba attribuire, vi sia ragione di temer ribellioni o sommosse (ch'è quanto dir rottura della pubblica pace), la Camera imperiale abbia il dritto di sequestrare il possesso, o di officio, o a petizion delle parti, e di subito poi decidere, senza instruzione nè altra giudiziale lunghezza, a qual delle parti convenga dare la *momentanea possessio vel quasi*, ed a quale far comandamento di non pretendervi nè *in possessorio* nè *in petitorio* (2) fino alla sentenza definitiva: aggiungendo, che sì fatto provvedimento non pregiudica nè al dritto nè al possesso di alcune delle parti.

Facil cosa è il determinare, secondo questa legge, come la nostra instituzion giuridica si debba applicare. Il primo motivo di così fatta disposizione è chiaramente questo, che lo stesso *possessorium* (ordinario) non può esser diffinito con bastante prontezza: ma oltre alla lunghezza del processo, si è considerato ancora il pericolo della pubblica sicurezza. Allorchè dunque tal pericolo non si possa provare, al *Summariissimum* non si può dar luogo per questo sol motivo, che una delle parti desideri esser mandata al possesso per modo di provvisione, a cagion della lunghezza della ordinaria procedura possessoria. Se il Sommarissimo potesse concedersi per questo solo motivo, non si vedrebbe ragione alcuna di negare un simigliante modo di provvisione in qual si fosse altra causa, verbigrazia nelle contestazioni circa alla proprietà, nelle quali la lunga durata del processo non è manco spiacevole. Egli è anzi da credere che l'uso troppo frequente di tale instituzione allungherebbe ancor più le contestazioni possessorie, e che ben presto si sentirebbe il bisogno di un secondo Sommarissimo per rimediare alla lunghezza eccessiva del primo. Quando, per contrario, questa instituzione si applichi conformemente alla sua natura ed alle leggi dell' impero, l'uso che se ne potrà fare nelle diverse parti della Germania sarà molto raro, perciocchè suo scopo è di prevenire il turbamento della pubblica sicurezza, il quale inconveniente non è più da temer gran fatto in alcuno degli Stati tedeschi. — Se dunque nel caso in quistione si riscontrino le condizioni richieste dalla legge dell' Impero, questa medesima legge non lascia punto dubbitare ch'e' si debba nella procedura del Sommarissimo osservar tutto ciò che se n'è detto di sopra; perciocchè non dicendo la legge a chi debba concedersi il possesso, non è a noi lecito decider questo punto altrimenti che secondo i generali principi e nel modo già fatto innanzi. L'effetto del Sommarissimo si trova chiaramente determinato nella legge. Esso non reca pregiudicio nè pure al possesso giuridico; stantechè quando il *possessorium ordinarium* mostri dappoi, che non il vincitor del *summarium*, ma si l'avversario aveva il possesso giuridico, il giudizio già fatto non avrà tolto siffatto possesso, e quello conceduto con la sentenza non è più riguardato se non come una semplice detenzione, mediante la quale il detto vincitore abbia provvisionalmente esercitato il possesso giuridico di un altro (1).

Noi ci siamo finora occupati del *possessorium summarium*, senza fare menzione alcuna dell' *ordinarium*, perciocchè questo secondo non è così qualificato, se non per opposizione al primo, nè altro è che l'antico interdetto *uti possidetis;* col quale ognun vede che il sopraddetto provvedimento di pubblica sicurezza, cioè il Sommarissimo, non poteva aver nulla che fare. Alcuni giureconsulti trovano tra le dette due vie giudiziarie il rapporto inverso (2); e di tale avviso s'incontrano in molti autori diverse applicazioni. Secondo essi, il *summarium* non al-

(1) Ord. Cam. 1555, P. 2, tit. 21, §. 3. — Conc. Ord Cam. P. 2. tit. 22, § 4. 5.

(2) Tridero (*De interd. comm*, 13) vuol torre affatto di mezzo la distinzione dell' *ordinarium* dal *summarium*, e dà molto peso a questa nuova opinione. Ei crede non esservi altro *possessorium* che il *summarium*, nè l' *ordinarium* (ond'è parlato altrove, ed anco nelle leggi dell' Impero) esser altra cosa che il *petitorium*, perciocchè certamente questo decide ancora la *possessionis causa*, cioè a dire contiene la sentenza definitiva in quanto al possesso. Egli nondimeno concede, in fin della sezione, che questa regola abbia alcune eccezioni: e (vedi venturai) queste eccezioni comprendono appunto tutti i casi ne' quali il *summariissimum* costituisce la regola.

(1) Conf. p. 24 dell' opera di Kober citata in fine di questo §.

(2) F. A. Hommel, *Diss. de processu poss. summ. quaest.* 12. Lips. 1748, qu. 1-3. — Klepe, *De nat. et indole possess. ad interdicta*, c. 3, p. 35. Piacerebbe a questo secondo ch' entrambi i *possessoria* vigessero, l' *ordinarium* per giure canonico, il *summarium* per ordinazione della Camera imperiale; ed oltre a questi, eziandio gl' interdetti. Peccato, ch'e' sia tanto difficile ad ideare come tutte queste cose possano esistere insieme.

tro è che l' antico interdetto al più modificato alquanto, e l'*ordinarium* par loro un cotal mezzo termine dalla ragion canonica trovato infra 'l *possessorium* ed il *petitorium*. Un primo sguardo che si dia agli autori antichi ed alla citata legge dell' impero; farà chiara la falsità storica di cosiffatta proposizione. Questi autori concordemente dichiarano che il *Summariissimum* (cioè la *recredentia*, l'*interim*, eccetera) sia una novità dall'uso de'tribunali introdotta nel dritto romano; dove che l'ordine della Camera imperiale, il qual determina esattamente le condizioni da cui dipende l'applicazione di questa istituzione, dice espresso che la precedente decisione del Sommarissimo non debba avere effetto alcuno in sul dritto, nè sul possesso, e che non di altro può aver voluto parlare se non quanto il romano dritto aveva ordinato circa la proprietà e circa il possesso. Il passo del giure canonico, per cui si è falsamente creduto ad un novello *possessorium ordinarium*, si ha nel C. 9, X, *de probat.*; e di questa pretesa via novella di procedere si citano due qualità essenziali, le quali la differenziano da quelle del dritto romano. Primieramente si vuole che il possesso, su cui si fondi l' *ordinarium*, sia giusto: e se per tale intendessero quello che ingiusto non è (cioè non acquistato nè *vi*, nè *clam*, nè *precario*), noi ammetteremmo questa proposizione, la qual veramente non esprimerebbe nulla più di quanto vuole indubitabilmente, riducendosi a dire che si possono all'interdetto opporre le tre notissime eccezioni dello stesso, ma qui per giusto possesso intendesi quello ingenerato da un atto giuridico (*justus titulus*) (1). Vuolsi, in secondo luogo, che non si possa ricorrere all' *ordinarium*, se non quando il possesso sia durato oltre un anno (2). Pure, il testo delle decretali non apre una novella via giudiziaria, ma presuppone l' interdetto *uti possidetis*, ed esamina in uno special caso il valore della pruova fornita. Il qual nostro sentimento si fa molto probabile per due generali avvertenze: la prima delle quali è, che il passo allegato sia nel titolo *De probationibus*; la seconda, che la differenza de' due mezzi possessori dovrebb' esser di molto momento nel giure canonico, ed essa per contrario vi è, non che altro, ignorata del tutto. Ma di vantaggio, la nostra opinione acquista una intera certezza per lo contenuto del testo medesimo. Il caso, che Innocenzo III avea da decidere, concerneva il possesso di un distretto insieme con la giurisdizione ed altri diritti in esso esercitabili. Ambe le parti avevan prodotto numero grande di testimoni; entrambe avean provato di aver molti anni esercitato i detti diritti: ondechè il fatto del possesso era pieno di dubbio. Il pontefice si cavò di siffatto impaccio diffinendo, che atteso che l' una delle parti possedeva da sessant' anni il distretto con tutte le ragioni della sovranità, e che oltre a questo avea provato un giusto titolo del suo possesso, dovechè l'altra parte aveva solamente esercitato il possesso di alcuni dritti sovrani da non più di anni cinquanta, e che inoltre non aveva potuto giustificar con un titolo cosiffatto esercizio; egli era da mantener la prima nel suo possesso, mediante l' interdetto *uti possidetis*. I quali motivi di decisione entrambi si accordano benissimo con la teoria romana in quanto all' interdetto. Conciosiachè l' interdetto richiedeva primieramente il possesso attuale: il qual veramente nel detto caso era dubbio, a cagion delle pruove contrastanti, ma certo era peraltro che l' una parte aveva posseduto dieci anni innanzi dell' altra; e poichè la perdita di questo possesso antecedente non era dimostrata, e che un altro possesso di costa al primo non era possibile (*duo in solidum etc.*), e' si presume, in mancanza di altra pruova, che l' antico possesso continui tuttavia. La seconda cosa dall' interdetto richiesta, era che il possesso non avesse vizio: e poichè una delle parti si fondava sopra privilegi impartiti dagli imperatori e da' sovrani pontefici, mentre che nessun simigliante titolo si poteva dall' altra allegare, egli era molto verisimile che il possesso della prima non fosse vizioso, ed era poi certo che quello della seconda, se pure esisteva, tal fosse; in guisa che quest' ultima avrebbe in ogni caso

(1) Hommel, *loc. cit.* p. 15, 16. — Qui massimamente risalta la verità di quanto più sopra notammo circa la generazione di così fatti errori. Il collegamento di questa opinione con un' altra su gli elementi costitutivi del possesso e con una terza sulla natura degli interdetti, è innegabile.

(2) Hommel, *loc. cit.* qu. 1, 2. — Klepe, *loc. cit.* p. 36. — Lo stesso principio era già nel decimosesto secolo ammesso nella pratica francese: Cuiacio, *Paratitl. in Cod. tit. Uti poss.* — Hommel trascorre fino a scoprir nell' *ordinarium* un *remedium* RECUPERANDAE *possessionis*, ed accresce così la confusione a tal segno, che beato a chi sappia trovarne il bandolo. Tale opinione, molto comune tra gli antichi pratici, fu pure molte volte espressa in questi termini, che l' *ordinarium* non si fondi in sul possesso attuale, ma su quello avuto per innanzi. Leyser, *Spec.* 499, med. 6, 7.

dovuto andare al di sotto, per forza di quelle eccezioni, dalle quali l'altra non avea punto che temere. Questa è la ragione, per cui si fa menzione del giusto titolo. E che tal fosse il sentimento del pontefice, si conosce evidentemente da' termini adoperati nella parte dispositiva della sentenza, dove Innocenzo dice: « Nos recognoscentes in hoc casu non « sic locum esse interdicto uti possidetis, ut « dicere debeamus: Uti possidetis, ita pos- « sideatis (1); cum probationes Ecclesiae lon- « ge sint potiores; *et ideo sit in interdicto* « *superior:* Communè Faventiae sibi con- « demnamus... quoad possessorium judi- « cium, quo tantummodo actum est, ut ne- « que per se, neque per alios super his « praesumat Raveun. Ecclesiam... mole- « stare (2) ».

AGGIUNTA ALLA 6.ª EDIZIONE.

Di nuovo qui molti diranno che noi possiamo aver ragione in quanto al dritto scritto, ma che la pratica ha mutato del tutto l'aspetto della cosa. Sopra ciò noi vogliamo consultare gli scrittori di procedura che vanno per la maggiore, preferendo quelli a' quali nessuno abbia ancora rimproverata una particolar predilezione pel dritto romano. La loro dottrina è la seguente.

Il Sommarissimo è un modo di provvisione per mantenere l'uomo nel suo possesso: sopra il quale è ordinato che si decida nel più breve spazio possibile, dietro esame affatto sommario, a fin di prevenire ogni uso della violenza. Per questo è qui sufficiente un attestato qualunque in luogo della prova: ma i fatti, che vogliono essere attestati, e dai quali dipende la vincita della lite, sono appunto que' medesimi che nell' *ordinarium*. Anche qui dunque si richiede il possesso; e se nella considerazione de' singoli casi e' si sostiene talvolta che basti la semplice detenzione, ciò avviene solamente per questo, che per la insufficienza della pruova il giudice facilmente può errare, ritenendo la detenzione per un vero possesso. Parimente, se in questo giudizio si prende in considerazione il possesso ultimo, non è già da intendere che il possesso qui richiesto sia di natura diversa da quello che si richiede nell' Ordinario, ma solamente che quando ambe le parti alleghino atti speciali di possesso, gli atti possessori dell' ultimo tempo si considerano come probabile indizio del possesso ultimamente esistente, e per ciò medesimo attualmente continuante. L'eccezioni, che han luogo nell' Ordinario, non lo hanno quasi mai nel Sommario, percIocchè in questo non possono esser discussi altri fatti, che quelli i quali si possano di presente appurare, senza bisogno di spender tempo nelle solite pruove. Generalmente parlando, non si ammette contestazione per iscritto, ma tutto deve in un prefisso termine essere sbrigato a bocca.

Questa esposizion del Sommarissimo desunta dalla pratica si accorda perfettamente con la dottrina da noi stabilita di sopra: un processo di tal forma non potrà durare che giorni, o al più qualche settimana. In una cosa solamente io non convengo co' detti scrittori: cioè nello ammettere de' rimedi giudiziali avverso la decisione. Vero è ch'essi negano a tali rimedi l'effetto sospensivo; ma anche con questa restrizione pare a me che ogni cosiffatto rimedio contraddica all' indole di quel processo: primieramente, perchè a tal modo il processo di necessità si prolunga indefinitamente, e viene a mancare quel rapido sbrigamento, che da quelli stessi scittori è pur riconosciuto per essenziale; poi, perchè l'ammettere appelli fa contro al proprio scopo del Sommarissimo, il qual è appunto di cessar le violenze occasionate dallo stato indeciso del possesso. Si può veramente replicare, che sul possesso è già deciso, e che negandosi all' appello l'effetto sospensivo, la decisione è sempre eseguita; ondechè cessa ogni incertezza di fatto, e quindi quel pericolo della violenza, al quale appunto si vuole ostare col Sommarissimo. Ma qual bisogno è mai dell' appello? Egli è possibile senza dubbio che il giudice, per così frettoloso esame delle pruove, abbia fatto torto al perditore: ma contro tal torto non è forse sufficientissima guarentigia il giudizio ordinario, tuttora ammessibile? Quant'è al passo del dritto romano, che suol citarsi a fon-

(1) Cioè a dire, che sebben l'interdetto *uti possidetis* sia stato intentato, la sentenza non servirebbe a niente, quand'essa portasse soltanto i termini generali dello Editto, e che quindi ella debba specificar la propria persona che vuol mantenere nel possesso.

(2) Lo stesso avviso da noi qui sposto in quanto al *possessorium ordinarium* ed al C. 9, X, *de probat.*, trovasi minutamente sviluppato in F. G. Kober, *De judicio possessorio ordinario*, spec. 1, Lips. 1805; opera utilissima, non solamente per la profondità e chiarezza della trattazione, ma ancora per la gran ricchezza di notizie letterarie.

damento di detto appello non sospensivo (1), esso manifestamente non può nulla provare, per essere il Sommarissimo ignoto dei tutto a' romani. In fatti, non v'è dubbio alcuno che quel passo appartiene agli interdetti ordinari, e segnatamente (secondo la interpetrazione migliore) a quelli *Uti possidetis* ed *Unde vi* (2). Un'altra quistione è questa, se il Sommarissimo sia poi ne' tribunali generalmente adoprato così, come quegli scrittori divisano. Assolutamente è da risponder del no. Io stesso mi ricordo di un caso, alla cui decisione partecipai come giudice. Il Sommarissimo era bastato circa dodici anni, durante i quali diverse Facoltà di Dritto avevan dato il lor parere; e nondimeno non si poteva ancora prevedere il fine della lite. Se pertanto questo processo durò in tutto un venti anni, ben poteva tenergli dietro un Ordinario di cinquant' anni e un Petitorio di cento. Che perciò? Dovremmo noi considerare un tanto assurdo e dannoso procedere come una confutazione della nostra sentenza, ed accreditario con accoglierlo in teoria? Sarebbe questo uno imperdonabile idolamento della così detta Pratica, i cui stessi cultori non rifiniscono di predicar *ragione* ed *opportunità*. Del resto, nè pure così fatto procedere non è da tenersi per uniforme e costante, quando che già i passi allegati sopra dal Mevio testimoniano il contrario, nè malagevoi sarebbe l'adunarne altri moltissimi. A parer mio, ogni giudice che senta l'assurdità del detto procedere, può rettamente adoperarsi a cessarla: e nella maggior parte dei casi gli basterà per tale uopo quella libertà, che anche senza il detto particolare rispetto, egli ha generalmente in ogni indeterminato processo sommario. Quant'è a' rimedi avverso la decisione del Sommarissimo, si aspetta naturalmente alle corti di appello il bandirli dalla pratica a forza di rigettamenti, sittostoch'esse abbiamo anche sopra ciò fatto migliore avviso.

(1) L. un. C. *Si de moment. poss.*
(2) Conf. Albert, *Interd. uti poss.* §. 139-144.

§. 52. *Conclusione di questa sezione.*

Dalle nostre ricerche intorno al dritto odierno (1) risulta brevemente, ch'esso contiene, a dir vero, de' principi non conosciuti dal dritto romano, ma che questi tanto è lontano che abroghino del tutto la romana teoria, che anzi non possono essi stessi avere alcun senso se non sieno considerati come addizioni a quella teoria; la quale viene ad esser da ciò manifestamente ribadita.

(1) Della Germania, già s'intende; e quivi medesimo, non egualmente per tutto. (*Trad.*)

INDICE

CONSIGLIO GENERALE

DI

PUBBLICA ISTRUZIONE

Rip.° Car.°

N.° 25

OGGETTO

Napoli 13 Settembre 1854

Vista la domanda del Tipografo Raffaello Migliaccio in Salerno, con la quale ha chiesto di porre a stampa l' opera intitolata — *Trattato di possesso secondo i principi del Dritto Romano di Savigny.*

Visto il parere del Regio Revisore Signor D. Placido de Luca.

Si permette che l'opera indicata si stampi; però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto essere l' impressione uniforme all' originale approvato.

Il Presidente
M. APUZZO

Il Segretario
GIUSEPPE PIETROCOLO